



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

مِنْ صِبْغَاتِ الْعِلْمِ

فِي الْمَعَامِلِ

وَمِنْ مَعْرِفَةِ الْعِلْمِ

وَمِنْ مَعْرِفَةِ الْعِلْمِ

وَمِنْ مَعْرِفَةِ

وَمِنْ مَعْرِفَةِ الْعِلْمِ

وَمِنْ مَعْرِفَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٠	مصباح الفقاهه المجلد ٥
٢٠	اشاره
٢٠	تتمه كتاب البيع
٢٣	تتمه و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك
٢٣	اشاره
٢٤	قوله: (مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه
٢٩	القول في أولياء التصرف
٢٩	قوله: (ره): يجوز للأب و الجدان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و
٢٩	اشاره
٣١	ثم انه يقع الكلام في جهات:
٣١	الاولى: هل يعتبر العدالة في الولي
٣٤	و أما الجبهه الثانيه و هى اعتبار المصلحه فى تصرفات الولي
٤٠	الجبهه الثالثه: فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولايه لهما فى صوره
٤٢	الجبهه الرابعه: بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسده فى تصرفات الأب
٤٣	و كان الكلام فى الجبهه الثانيه فهى اعتبار المصلحه زائدا عن اعتبار
٤٣	الأول: دعوى الإجماع
٤٤	الثانى دعوى ان الحكمه فى جعل الولايه للأب و الجد ليس الآ جلب المنفعه للطفل و دفع الضرر عنه،
٤٤	الثالث: الآية المباركه «و لا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»
٤٧	الجبهه الخامسه: هل الحكم مختص بالجد الدانى أو يعم العالى أيضا؟
٤٨	الجبهه السادسه: فى انه إذا فقد الأب فهل الحكم بولايه الأجداد
٤٨	و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثه:
٤٨	الاولى: فى انه هل
٤٩	الجبهه الثانيه: هل يختص ولايه الجد بحال حياه الأب أو ثبت له

- ٥٢ الجبهة الثالثة: هل تختص الولاية بعد موت الأب بالجد الأدنى أو
- ٥٣ الكلام في ولاية الفقيه
- ٥٣ ان للفقيه ثلاثة مناصب،
- ٥٣ أحدها الإفتاء فيما يحتاج اليه
- ٥٣ الثاني: الحكومه و القضاء
- ٥٣ الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس
- ٥٤ أما الجبهة الأولى أي في ولايتهم التكوينية.
- ٥٤ و اما الجبهة الثالثة أعني وجوب إطاعتهم في الأحكام الرجعة إلى
- ٥٥ أما الجبهة الرابعة فالظاهر أيضا عدم الخلاف في
- ٥٧ الجبهة الثانية في ولايتهم التشريعية
- ٥٩ و اما الجبهة الثانية أعني الولاية بمعنى توقف تصرف الغير على اذن
- ٧٢ في ولاية عدول المؤمنين
- ٧٢ في جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها
- ٧٢ فمقتضى الأصل
- ٧٦ و لكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين
- ٧٦ منها صحيحه محمد بن إسماعيل
- ٧٨ منها: صحيحه محمد بن إسماعيل
- ٨١ و منها موثقه سماعه
- ٨١ و
- ٨٢ قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه
- ٨٣ ثم انه فرق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين في ثبوت الولاية لهم
- ٨٥ ذكر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشارة إليها:-
- ٨٥ الأول: انه هل يجوز مباشرة الفاسق في مال اليتيم مثلا أم لا؟
- ٨٦ الثاني: في حكم الشراء من الفاسق
- ٩٠ و الحاصل: انه يقع الكلام في جهتين:-
- ٩٠ الأولى: في اعتبار العدالة في تصرف المتصرف و عدم اعتبارها فيه.

- و أما الجهه الثانيه:أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل ٩٠
- قوله:ثم انه هل يشترط فى ولايه غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه ٩٤
- الكلام فى بيع العبد المسلم على الكافر ١٠٠
- و الحاصل:انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه:..... ١٠٢
- منها:التسالم ١٠٢
- و منها:الأخبار الوارده فى موارد عديده ١٠٢
- و منها:ما عن الأمير عليه السلام و لا تقروه عنده فيبيعه من مسلم. ١٠٣
- يقع الكلام فى بيان الكافر، ١١١
- و اما الأطفال و المجانين منهم ١١٢
- و اما المخالف ١١٣
- و أما بيعهم من الكفار ١١٣
- الأول:فى بيع السنى منهم ١١٣
- الثانى:انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافرا، ١١٤
- قوله:ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع. ١١٦
- الأول:ان يكون البيع مستعقبا للانعقاد القهرى واقعا ١١٧
- الثانى:ان يكون العبد المسلم ممن ينعتق عليه ظاهرا ١١٧
- الثالث:أن يأمر الكافر بالعتق ١١٨
- و منها:اشتراط العتق فى البيع. ١١٩
- قوله:و اما التملك القهرى. ١١٩
- ان كان المدرك الحكم فى أصل عدم تملك الكافر ١١٩
- و ان كان المدرك فى ذلك قوله عليه السلام فيبيعه و لا تقروه عنده ١٢٠
- و ان كان المدرك هى آيه نفى السبيل ١٢٠
- و لشيخنا الأستاذ هنا كلام ١٢٠
- قوله:هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى أو لا يلحق؟ ١٢٣
- قوله:أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره. ١٢٤
- قوله:و منه يعلم انه لو لم يبيعه باعه الحاكم و يحتمل ان يكون ولايه ١٢٤

- قوله:و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه،فالظاهر انه لا خيار له. ----- ١٢٥
- قوله(ره):و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر ----- ١٢٦
- فى حرمه بيع المصحف من الكافر ----- ١٣٥
- القول فى شرائط العوضين ----- ١٣٨
- قوله:يشترط فى كل منهما كونه متمولا. ----- ١٣٨
- اشاره ----- ١٣٨
- و فى كلامه مواقع للنظر، ----- ١٣٩
- الأول:اعتبار المالىه فى العوضين فى البيع ----- ١٣٩
- و الثانى:ما التزم به من انه مع الشك فى التمول إن أحرز كون المعاوضه ----- ١٣٩
- الثالث:ما تمسك به بعد عدم إحراز كونه من أكل المال بالباطل من ----- ١٤٠
- قوله:ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين. ----- ١٤٠
- الكلام فى أحكام الأراضى ----- ١٤٢
- اشاره ----- ١٤٢
- ان الأراضى على ----- ١٤٢
- أما القسم الأول أى ما يكون مواتا بالأصله ----- ١٤٢
- أما الأولى:فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام ----- ١٤٢
- أما الجبهه الثانيه:فهل يشترط فى التملك بها مجرد قوله(عليه السلام)فى ----- ١٤٤
- الجبهه الثالثه:ان الحليه و الملكيه بالإحياء مختصه بالشيعه ----- ١٤٥
- و الجبهه الرابعه:فى أن الخراج الثابت فى تلك الأراضى على المحيى ----- ١٤٦
- القسم الثانى:أن تكون عامره بالأصله ----- ١٥٣
- يدل على ذلك طائفتين من ----- ١٥٤
- الأولى الأخبار الداله على ان مطلق الأرض للإمام(عليه السلام) ----- ١٥٤
- الثانيه:ما دلّ على كون الأرض التى لا رب لها من الأنفال و الأنفال ----- ١٥٤
- القسم الثالث:ما عرض له الحياه بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو ----- ١٥٩
- أما القسم الرابع:من الأرض فهى ما كان خرابا بعد العماره و مواتا ----- ١٦٠
- الأول:ما باد عنها أهلها و صارت خربه لذلك و بانجلاء أهلها عنها ----- ١٦٠

- القسم الثاني: أن يكون خرابها مستندا إلى التعطيل و الترك ١٦٠
- الكلام في بيع الأراضي المفتوحة عنوه ١٦٦
- اشاره ١٦٦
- أن الأراضي المملوكة للكفار على أقسام: ١٦٦
- الأول: ١٦٦
- الثاني: ان يسلموا طوعا و يدخلوا في الإسلام برغبتهم منهم أيضا ١٦٦
- الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا ١٦٧
- الرابع: الأرض التي انجلى عنها أهلها من غير حرب ١٦٧
- الخامس: الأرض التي أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبه، ١٦٧
- و هنا قسم سادس: و هي الأرض التي لم تتصف بشيء من الأمور ١٦٧
- و كيف كان فيقع ١٦٧
- أما الكلام في الجهه الاولى أنه هل تملك تلك الأراضي و تجرى عليها ١٦٨
- تنبيه: ١٦٩
- الجهه الثانيه: الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده ١٧٠
- ثم بقى هنا أمران ١٧٠
- الأول: أن السيره القطعيه و ان قامت على جواز ١٧٠
- الأمر الثاني (قوله: أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح). ١٧٢
- (قوله: و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما في شروط ١٧٣
- اشاره ١٧٣
- ما هو المراد بالطلق ١٧٣
- الكلام في بيع الوقف ١٧٦
- قوله: مسأله: لا يجوز بيع الوقف ١٧٦
- الدليل الأول إجماعا محققا في الجملة و محكيا. ١٧٦
- الثاني: دلالة الروايات العامه و العمومات على ذلك ١٧٦
- الثالث: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ١٧٦
- الرابع: الروايات الخاصه في خصوص بعض الأوقاف ١٧٦

- ١٧٩ (قوله: ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).
- ١٨٣ الأوقاف فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف
- ١٨٤ فذهب
- ١٨٤ و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع
- ١٨٥ و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أى بجواز البيع فى المؤبد و بعدمه
- ١٨٥ و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز
- ١٨٥ و الكلام فعلا يقع فى جواز بيع الوقف المؤبد فى الجملة.
- ١٨٥ الوقف على قسمين تمليكى و فكى
- ١٨٦ لا خلاف فى عدم جواز بيع الوقف الفكى
- ١٨٧ كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامه مع اليأس عن الانتفاع بها
- ١٨٨ الثانى: أن يكون وقفا للذريه بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعتهم
- ١٨٩ الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات
- ١٨٩ الأول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء و الطلاب
- ١٩٠ الثانى) ان يكون وقفا على الجهه العامه من دون ان يكون الموقوف
- ١٩١ و أما المشاهد
- ١٩٧ الكلام فى مسوغات بيع الوقف
- ١٩٧ منها ان يخرب الوقف
- ١٩٨ ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين:
- ١٩٨ اما الكلام فى الجهه الأولى، أى المقتضى
- ٢٠٠ أما الكلام فى جهه الثانيه أى المانع
- ٢٠٣ ثم انه يقع الكلام فى جهات:
- ٢٠٣ الاولى: هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الأصل فى
- ٢٠٦ الجهه الثانيه: فهل يترتب حكم المبدل على البدل
- ٢٠٧ الجهه الثالثه: فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا
- ٢١٠ الجهه الرابعه: فى أنه إذا احتاج الى التبدل فهل يتصدى به
- ٢١٢ قوله: ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به.

- و فى كلامه قدس سره جهات من البحث:- ٢١٣
- الاولى:أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار ٢١٣
- الجهه الثانيه:فى شراء العين الصالحه للانتفاع بها بهذا الثمن ٢١٥
- أما الأول:فربما قيل بعدم جواز ذلك ٢١٥
- أما الأمر الثانى:فالظاهر أنه يجب الشراء ٢١٦
- الجهه الثالثه:فى جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء ٢١٦
- قوله:نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره جاز ٢١٧
- قوله:و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز. ٢١٧
- قوله:و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا إلى ٢١٩
- ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر. ٢٢١
- الأول:أنه لو كان الوقف فى موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن ٢٢١
- الثانى:انه لو علم بزوال الوقف بعد مده لا يمكن الانتفاع به للموقوف ٢٢١
- قوله:الصوره الثانيه ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به. ٢٢٢
- ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين ٢٢٤
- أحدهما ما تقدمت الإشارة إليها سابقا ٢٢٤
- الأمر الثانى:أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان ٢٢٧
- قوله الصوره الثالثه أن تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد ٢٣٢
- قوله:الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه. ٢٣٣
- و قد استدل على الجواز ٢٣٤
- الأول:روايه جعفر بن حيان ٢٣٤
- لا يجوز الاستدلال بهذه الروايه على جواز البيع من وجوه: ٢٣٤
- الأول:أن الروايه ضعيفه السند ٢٣٤
- الثانى:أنها مضطربه متنا ٢٣٥
- الثالث:أنها تدل على أنه ليس لقرايه الواقف أن يأخذوا حقهم ٢٣٥
- الرابع:أنها لا تدل على المدعى ٢٣٥
- الثانى:خبر الاحتجاج ٢٣٦

- ٢٣٦ فلا دلالة في الرواية على المدعى لوجوه:
- ٢٣٦ الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفه السند
- ٢٣٦ الثاني: أن الرواية تدل على جواز البيع مطلقا
- ٢٣٧ الثالث: أن المستفاد من الرواية جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم
- ٢٣٧ الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان
- ٢٣٨ قوله: الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده.
- ٢٣٩ قوله: الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان
- ٢٤٤ الكلام في الصور الأربعة الأخيره
- ٢٤٥ ثم إن الكلام في هذه الصور الأربعة يقع في جهتين:-
- ٢٤٥ أما الجهه الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه:
- ٢٤٥ الأول: ما ذكره
- ٢٤٨ ثم نقل المصنف(ره) وجهين على جواز البيع في هذا الصور.
- ٢٤٨ الأول: ما عن لف و كره و المهذب و غايه المرام
- ٢٤٨ الثاني: ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعه
- ٢٤٩ ثم انه استدل على جواز البيع في كل واحده من الصور الأربعة بمكاتبه
- ٢٥١ و بالجملة لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شيء من الصوره
- ٢٥٢ فمن حيث السند
- ٢٥٢ و أما من حيث الدلالة فهي خارجه عن الدلالة على بيع
- ٢٥٣ جهه الاولى: ان صدر الروايه لا ينطبق على الوقف التمام
- ٢٥٣ الجهه الثانيه: أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف
- ٢٥٣ الجهه الثالثه: أنه بعد ما بيع الوقف فلما ذا يقسم بين الموقوف عليهم
- ٢٥٣ الجهه الرابعه: و هي العمده
- ٢٥٥ الكلام في الوقف المنقطع
- ٢٥٨ قوله: بمسأله: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا
- ٢٥٨ اشاره
- ٢٦٠ فيما استدل به المصنف على صحه بيع الرهن

- الأول بفحوى أدله صحه بيع ٢٦٠
- الوجه الثاني:مما يدل على صحه بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل ٢٦٤
- ثم نقل المصنف(ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن ٢٦٤
- و قد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحه. ٢٦٥
- منها:أنه لا فرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و ٢٦٥
- و منها أن مطلق النهى المتعلق بالمعامله لا يقتضى الفساد ٢٦٥
- و منها:أن قصد النيباه لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك في ٢٦٥
- و منها:أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الراهن و المرتهن ٢٦٥
- و منها:أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما ٢٦٦
- و منها:أن ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد ٢٦٦
- قوله:و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا. ٢٦٦
- قوله:ثم ان الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفه و ناقله هو ٢٦٧
- قوله:ثم انه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح. ٢٦٨
- قوله:ثم ان الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة لسقوط ٢٦٩
- ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً ٢٧١
- الوجه الأول:أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ٢٧١
- الثاني:أنه مع الغض عن الوجه الأول ٢٧٢
- قوله:مسأله الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم، ٢٧٥
- اشاره ٢٧٥
- ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه: ٢٧٦
- الأول:قوله(عليه السلام)نهى ٢٧٦
- الوجه الثاني:ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و ٢٧٨
- ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه: ٢٧٩
- الأول:قوله(عليه السلام)نهى النبي(صلى الله عليه و آله)عن بيع الغرر ٢٧٩
- و من الوجوه التي استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض ٢٨٦
- و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله ٢٨٦

- و ذكر شيخنا الأستاذ أن الوجه في اعتبار القدره على التسليم أن ٢٨٧
- اشاره ٢٨٧
- و تحقيق المقام أن يقال أن المال الذي يتعدّر تسليمه على أقسام: ٢٨٧
- الأول: أن يكون مع تعدّره مما يمكن للمشتري الانتفاع به، ٢٨٧
- الثاني: أن لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المبتاعين و لا غيرهما بحيث ٢٨٨
- الثالث: أن يكون التعدّر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين ٢٨٨
- و أما بحسب الروايات ٢٨٩
- هل القدره شرط أو العجز مانع ٢٨٩
- قوله: ثم ان العبره في الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم ٣٠١
- اشاره ٣٠١
- و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث: ٣٠١
- المقدمه الاولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن ٣٠١
- المقدمه الثانيه: أن يكون الغرر فعليا ٣٠١
- المقدمه الثالثه: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به ٣٠١
- و يتفرّع على ذلك فروع مهمه: ٣٠١
- الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع ٣٠١
- الفرع الثاني: ان بيع العبد الأبق ممن ينعتق الأبق ممن ينعتق عليه خارج عما نحن ٣٠٢
- و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد ٣٠٤
- قوله: ثم ان الخلاف في أصل المسأله لم يظهر الآ من الفاضل ٣٠٩
- قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدره على ٣١٠
- قوله: ثم ان الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين ٣١٣
- قوله: و لو باع ما يعتقد التمكن فتبتين عجزه في زمان البيع. ٣١٤
- قوله: ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا. ٣١٥
- الكلام في بيع الأبق ٣٢١
- اشاره ٣٢١
- يقع الكلام في هذه المسأله في أمور ثلاثه، ٣٢١

- الأول: أنه ذكر - - - - - ٣٢١
- الأمر الثاني أن مسأله بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسأله الغرر، - - - - - ٣٢٣
- الأمر الثالث إذا اعتبرنا قدره على التسليم فى البيع فهل يلحق به - - - - - ٣٢٥
- الأول: عدم الاعتبار مطلقا - - - - - ٣٢٥
- الثانى: اعتبار الشرط المذكور فى الصلح، بل فى جميع العقود - - - - - ٣٢٥
- الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح - - - - - ٣٢٥
- ثم يقع الكلام فى خصوصيات ذلك، - - - - - ٣٢٨
- اشاره - - - - - ٣٢٨
- الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمه مطلقا، - - - - - ٣٢٨
- منها أنه يعتبر كون الضميمه مما يصح بيعها مستقلا - - - - - ٣٣٠
- و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك - - - - - ٣٣٠
- و من جمله ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين - - - - - ٣٣١
- ثم بقى هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف - - - - - ٣٣٥
- الأول أنه لو وجد المشتري - - - - - ٣٣٥
- الفرع الثانى: انه لو كانت الضميمه ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه - - - - - ٣٣٦
- الكلام فى اشتراط العلم بالثمن - - - - - ٣٣٧
- اشاره - - - - - ٣٣٧
- استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه: - - - - - ٣٣٧
- الأول: الإجماع، - - - - - ٣٣٧
- الثانى: النبوى المذكور - - - - - ٣٣٨
- الثالث: روايه حماد بن ميسره الوارده فى مورد خاص - - - - - ٣٣٨
- فلا بد من التكلم فى - - - - - ٣٣٨
- اشاره - - - - - ٣٣٨
- أما الجهه الأولى أى بحسب القواعد - - - - - ٣٣٨
- و أما الجهه الثانيه أى بحسب الروايه الوارده فيها - - - - - ٣٣٩
- الكلام فى اشتراط العلم بالثمن - - - - - ٣٤٢

- ٣٤٢ اشاره
- ٣٤٢ و تحقيق الكلام هنا فى جهتين
- ٣٤٢ الاولى فى اعتبار العلم بالمكيل و الموزون
- ٣٤٣ و أما الجهه الثانيه فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل
- ٣٤٣ منها صحيحه الحلبى
- ٣٤٥ و منها موثقه سماعه
- ٣٤٥ ثم انه يقع الكلام فى أن اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون فى
- ٣٤٥ اشاره
- ٣٥٢ أما الكلام فى المعدود
- ٣٥٣ قوله:مسأله لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل
- ٣٥٣ اشاره
- ٣٥٨ معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين
- ٣٥٩ و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون
- ٣٦١ قوله:بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا.
- ٣٦٥ الكلام فى الاعتماد بإخبار البائع بقدر المثلثم
- ٣٦٥ اشاره
- ٣٦٥ تحقيق المسأله فى ضمن جهات
- ٣٦٥ الاولى،أنه لا شبهه فى جواز
- ٣٦٥ الجهه الثانيه أن الظاهر من الروايات الداله على جواز تصديق
- ٣٦٦ الجهه الثالثه:ما تبين الخلاف فى المبيع اما بالنقيصه أو بالزياده
- ٣٦٦ الجهه الاولى:فى صحه معامله و بطلانها
- ٣٦٨ الجهه الثانيه:فى أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو
- ٣٦٩ الجهه الثالثه:هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصله من تخلف
- ٣٧٠ الجهه الرابعه:هل يثبت الخيار للبائع فى صورته زياده المبيع عن
- ٣٧٢ الكلام فى بيع صاع من الصبره
- ٣٧٢ اشاره

- ٣٧٢ قد قسم المصنف بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء الى أقسام
- ٣٧٢ اشاره
- ٣٧٢ الأول: أن يكون المبيع كسرا مشاعا
- ٣٧٣ القسم الثاني: أن يكون المبيع كليا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمه
- ٣٧٤ القسم الثالث: أن يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجيه و
- ٣٧٧ و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسأله هو أن بيع شىء يتصور على وجوه:
- ٣٧٧ الأول: أن يكون كسر مشاع
- ٣٧٧ الثاني: بيع الكلى فى المعين الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى
- ٣٧٨ الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مرددا بين الافراد الخارجيه
- ٣٨٠ ثم انه بقى الكلام فى تصوير الإشاعه و بيع الصياح من الصبره على نحو
- ٣٨٨ و أما تصوير الكلى فى المعين
- ٣٩٣ مسأله: لو باع صاعا من صبره
- ٤٠٥ لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما
- ٤١٨ الكلام فى أقسام بيع الصبره
- ٤٢٣ الكلام فى بيع العين على المشاهده السابقه
- ٤٢٣ اشاره
- ٤٢٤ فيقع الكلام فى مقامين،
- ٤٢٤ اشاره
- ٤٢٤ أما المقام الأول أى فى صحه البيع و عدمه
- ٤٢٥ الجبهه الثانيه: إذا قلنا بصحه معامله مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه
- ٤٣٣ قوله(ره): فرعان:
- ٤٣٣ الأول: لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري
- ٤٣٣ و دعوى
- ٤٣٣ الأول: ما ذكره ابن إدريس فى السرائر من أن المشتري هو الذى ينتزع
- ٤٣٤ الوجه الثاني: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود
- ٤٣٧ الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدل

- ٤٤٣ قوله(ره):الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهده و وقوع العقد
- ٤٤٥ لو اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره عنه
- ٤٥٢ الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار
- ٤٥٩ الكلام فى حكم ظهور المبيع معيبا
- ٤٥٩ اشاره
- ٤٦٥ الكلام فى ثمره الخلاف
- ٤٦٩ الكلام فى جواز بيع المسك فى فاره
- ٤٧١ الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمه
- ٤٧١ اشاره
- ٤٧٥ الكلام فى بيان أقسام التابع
- ٤٧٥ اشاره
- ٤٧٨ الكلام فى معنى التابع
- ٤٨٤ الكلام فى الانذار
- ٤٨٤ اشاره
- ٤٨٥ تحقيق الكلام هنا
- ٤٨٥ اشاره
- ٤٨٥ أما الجهه الاولى فى تحقق الانذار
- ٤٨٦ الجهه الثانيه:أن يكون الانذار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر
- ٤٩٠ الكلام فى بيع الظرف مع مظهره
- ٤٩٤ الكلام فى استحباب التفقه فى الدين
- ٤٩٤ اشاره
- ٤٩٨ الكلام فى تزاحم الكسب و طلب العلم
- ٥٠١ الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحته
- ٥٠٥ الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا
- ٥٠٥ اشاره
- ٥١٠ الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزه و المانع

الكلام فى احتكار الطعام ٥١٣

اشاره ٥١٣

الاولى: فى حكم الاحتكار ٥١٣

الجهه الثانيه: انه ذكر فى روايه السكونى ان الحكره فى الرخصه ٥١٩

الجهه الثالثه: هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط او يتحقق ٥٢٠

الجهه الرابعه: ان الاحتكار حرام اذا كان يترك الناس بغير طعام ٥٢٠

الخامس: الظاهر انه لا إشكال فى جواز إجبار المحتكر على البيع ٥٢٠

تعريف مركز ٥٢٢

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدید آور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

تمه کتاب البیع

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

تمه و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك

إشاره

ص: ٤

قوله: (مسأله: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه

بشمن واحد).

أقول: لو باع ما يملك و ما لا يملك قسط الثمن إليهما فيصح فيما يملك و لا يصح فيما لا يملك على المشهور لوجود المقتضى، و عدم المانع اما وجود المقتضى فلائنه و إن كان يباع واحدا و لكنّه منحلّ الى بيع متعدده فيبطل بالنسبه إلى ما لا يملك فيصح فيما يملك للعمومات المقتضيه لذلك من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، و يدلّ على الصحه مضافا الى ما ذكرناه من كون الصحه هو مقتضى القاعده خبر الصفار المتقدم فإنه و ان ورد في ما يملك و ما لا يملك من القرية و ليس متعرضا الى بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبل التملك و لكن جواب الإمام (عليه السلام) عن السائل بقوله (لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب اشتراء من البائع على ما يملك) يشمل ما نحن فيه أيضا، فإن الظاهر منها ان اجتماع ما يصحّ بيعه مع ما لا يصحّ بيعه لا يوجب البطلان و أنّما ينحل البيع الى بيع: عديده فيبطل في بعضه و يصح في بعضه الآخر، فلا يسرى بطلان أحدهما إلى الآخر فكأنّ هنا يباع أحدهما صحيح و الآخر باطل، فهل يتوهم أحد إضرار أحدهما بالآخر نعم انما تخلف عن الصحيح اشتراط الانضمام فقط فهو لا يوجب الآ الخيار فقط.

و اما المانع فذكر بوجوه فكلّها غير قابله للمانعيه الأول: أن البيع الواحد و المعامله الواحد غير قابله للتبعيض فلا بد اما من القول بالصحه مطلقا فهو غير ممكن أو القول بالبطلان كذلك فهو المطلوب.

و فيه ان بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله كبيع ما يملك مع ما لا يملك و ان كان واحدا بحسب الصوره الآ ان منحلّ الى بيعين قد أبرزنا بمبرز واحد

فهما متحداً في المبرز و المظهر فقط، و الأ فواقع ذلك هو التعدد فابرازهما مبرز واحد لا يوجب انقلابهما إلى الواحد.

نعم، لا- ينكر اشتراط كل منهما بانضمامه الى الآخر في ضمن العقد، فيكون التخلف موجبا للخيار دون البطلان كما سيأتي في باب تخلف الشرط و قد عرفت نظيره في بيع ما يملك و ما لا يملك اعنى اجتماع الفضولي مع غيره.

الثانى: انّ العقد انما وقع بالمجموع من حيث المجموع فالاجزاء ليست بمقصوده فيبطل البيع فى الاجزاء لعدم القصد فيها.

و فيه انه ظهر جوابه مما تقدم إذ بعد انحلاله الى بيوع متعددة و شمول العمومات لكل منها فيكون كل منها مقصودا أيضا غاية الأمر أنه مقصود بشرط الانضمام الى الآخر فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط الضمنى فقط كما لا يخفى.

الثالث: أنّ من شرائط البيع أن لا- يكون الثمن أو المثلن مجهولا- و إلا- فيبطل فى المقام لا- يعلم أن ما وقع فى مقابل ما يقبل التملك أى مقدار من الثمن فيفسد لذلك.

و فيه أن الجهالة من حيث هى لا تمنع عن صحه البيع لعدم الدليل عليه، و انما تكون مانعه فيما تستلزم الغرر الذى نهى عنه فى البيع، و فى المقام ليس البيع غررياً لاقدام المشتري على ذلك، فينتفى عنه الغرر، بل ربما يقال بأن الجهالة و ان كان موجوده حال العقد أيضا مع العلم بعدم إمضاء الشارع ذلك العقد، و لكنها لا تكون مانعه بعد ما كانت بالتقسيط إذ المدار فى الصحه ان لا يكون البيع غررياً بجهاله الثمن أو المثلن حين التسليم و التسلم و على تسليم كونها مانعه عن صحه البيع بنفسها، فإنما تمنع حين انعقاد البيع و تحققه و ان من شرائط ان لا- يكون الثمن أو المثلن فيه مجهولا- و اما الجهاله الناشئه من عدم إمضاء الشارع فلا تكون مانعه عن صحه البيع

إذ لا- دليل على مانعيتها إلا النبوى المعروف، نهى النبى عن بيع الغرر أو الغرر كما فى مرسله العلامه، فقد عرفت ما فيه من عدم الغرر هنا.

و اما الإجماع فهو دليل لئى فالمتيقن منه هى الجهاله عند البيع لا الجهاله الناشئه من عدم إمضاء الشارع كما هو واضح، ففى ما نحن فيه ان الخمر و الخنزير من الأموال العرفيه و المعامله عليهما صحيحه فى نظر العرف و لكن حيث الغى الشارع ماليتهما و لم يَمْض بيتهما فنشأ الجهاله من ذلك فلا- تكون مورد للإجماع و من هنا يعلم ان بطلان البيع فى الخمر و الخنزير يوجب جهاله ثمن الشاه و الخل واضح المنع.

و بالجمله فشىء من الوجوه المذكوره لا تصلح للمانعیه عن صحه البيع فى الجزء الذى يقبل التملك.

نعم فى المقام شىء آخر و هو انه بناء على فساد البيع بفساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فيه، فالبيع يكون باطلا فى ما يقبل التملك أيضا بيان ذلك ان جمع الشئيين فى بيع واحد و ان كان بحسب الصوره واحدا و لكن بحسب الانحلال انهما بيعان كما عرفت و لكن كل منهما مشروط بانضمامه بالآخر، فبظهور بعض اجزاء المبيع خمرا أو خنزيرا ينعدم ذلك الشرط و يتخلف لكونه فاسدا فكأنّ فى الحقيقه ان بيع الخل أو الشاه مشروط بانتقال الخمر أو الخنزير إلى المشتري نظير اشتراط شرب الخمر و نحوه من المحرمات فيكون البيع باطلا للشرط الفاسد كما هو واضح.

و لكن سيأتى فى باب الشرط ان فساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فى البيع لا يوجب بطلانه بوجه، بل يوجب ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه.

و قد خالف شيخنا الأستاذ فى ذلك و قال بعدم جواز قياس فساد الجزء

بفساد الشرط و قال و لو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به إلا أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بإزاء شيء من الثمن، بل يوجب زياده قيمه المشروط فإذا قيد به و كان فساده موجبا لعدم إمكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق و أما الجزء الفاسد فحيث أن الثمن يوزع عليه و على الجزء الآخر ففساده لا يقتضى إلا رد الثمن الذى وقع بإزائه أى يفسد العقد بالنسبه إليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله أو تحققه.

و لكنه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحل ذلك الى بيع متعدد فلا- يوجب الاجتماع إلا فى اشتراط كل منهما بالآخر فيكون من صغريات الشرط الفاسد و لكن الذى يهون الخطب ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتى فى محله.

قوله: (نعم ربما يقيد الحكم بصوره جهل المشتري).

أقول: الذى يظهر من الشهيد هو أن فى صورته العلم يكون بعض اجزاء المبيع ممّا لا يقبل التمامك ان الثمن يقع فى مقابل المملوك فيكون مجموعه للبائع فليس للمشتري أن يرجع إليه بالنسبه الى ما وقع فى مقابل الخمر أو الخنزير.

و فيه انك عرفت ان مجموع الثمن أتما وقع بإزاء مجموع المثلث فابرز بمبرز واحد و لكن بحسب الانحلال ينحل الى بيعين فيكون ذلك نظير بيع الشاه و الخنزير مستقله اذن فلا وجه لبطلان البيع فى صورته الجهل و صحته فى صورته العلم لوقوع الثمن كله بإزاء المملوك بل يقسط الثمن إليهما.

نعم بناء على ما تقدم فى بيع الغاصب من ان المشتري مع علمه بالغصب يسأط البائع الغاصب على ماله مجانا فليس له الرجوع إليه فى صورته التلف، بل قيل بعدم الرجوع حتى فى صورته عدم التلف فله وجه و لكن عرفت

بطلانه و عدم صحه ذلك المبني أيضا و ان المشتري يرجع الى الغاصب مطلقا مع انك عرفت ان مقدار من الثمن انما وقع بإزاء ما لا يقبل التملك لما قلنا من صحه التقسيط.

نعم،بناء على ما ذكر في بيع الغاصب فيكون المقام نظيره لو باع الخنزير فقط مع العلم به إذ ليس هذا إلا تسليط الغير على ماله مجانا و اما كيفيه التقسيط فقد عرفت طريقه من ان كلا من المملوك و غير المملوك يقوم منضمًا إلى الآخر فيسترد من الثمن بنسبه قيمه غير المملوك الى المجموع من أصل الثمن فيرجع في تقويم الخمر و الخنزير هنا الى المستحل فهذا واضح، و انما الكلام في انه لو كان المبيع هي الشاه مع الخنزير أو الخلّ مع الخمر فالأمر كما ذكر و لكن لو باع الشاه و الخنزير ببيع واحد أو الخلّ و الخمر كك باعتماد الخليه و الشاتيه فهل يقوم الخنزير بتلك الهيئه شاه و الخمر خلا أو يقومان بصورتها النوعيه،فقال شيخنا الأنصاري بالأول و هو كك لأنه إنما باع الخل و الشاه فظهورهما على خلاف ما قصده البائع و باع على ذلك القصد لا يكون مناطا في التقسيط.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ العناوين من قبيل الدواعى فلا يوجب تخلفها تبدل الموضوع بل يتقدّم الإشاره الواقعه إلى الخارج على العنوان،فلا بد و ان يقدم الخنزير بعنوان الخنزيريه و هكذا الخمر بما انها خمر لا بعنوان الشاتيه و الخليه.

و هذا من عجائب الكلام،فإنه بعد ما كان المبيع هي الشاه أو الخل و لو كان الواقع على خلافه فلا وجه لتقويمهما على خلاف المقصود،بل يقوم كل من الخنزير و الخمر بعنوان الشاتيه و الخليه بما انهما شاه و خل كذلك.

بل ربما يوجب ذلك تضرر المشتري كما إذا كان قيمه الخنزير أقل من

قيمه الشاه و ربما يوجب تضرر البائع كما إذا كان أكثر، بل ربما يوجب الجمع بين الثمن و المثلن كما إذا كان قيمه الخنزير عند مستحله ضعفى قيمه الشاه فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و بالجمله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبل، فالوجه هنا هو الصحه بالنسبه الى ما يقبل التملك و الفساد فى غيره فيقسط الثمن إليهما.

نعم، لو كان ما لا يقبل التملك خارجا عن حدود المالىه العرفيه و لم يصدق عليه المال فى نظر العرف أيضا كما لا يصدق عليه ذلك فى نظر الشرع كبيع الشاه مع الخنفساء أو مع سائر الحشرات الأرضيه توجّه القول بالبطلان لغرر المذكور فيكون الثمن الواقع فى مقابل المملوك مجهولا- من الأول لعدم التقسيط حتى يعلم ذلك به، و لا يكون غرريا إذ ليس بيع الخنفساء بيعا من الأول فإنه حتى بناء على النظر العرفى مبادله مال بمال بناء على اعتبار المالىه فالخنفساء و نحوها ليس من الأموال حتى يتحقق عنوان المبادله اذن فالوجه هو التفصيل فى المسأله، فالقول بالصحه فى ما يقبل التملك و البطلان فيما لا يقبله بالتقسيط لو كان ما لا يقبله أيضا من الأموال فى نظر العرف و يكون التبادل عليه من مصاديق مبادله مال بمال كالخمر و الخنزير إذ هما من الأموال العرفيه و اما لو لم يكن ذلك من الأموال العرفيه، فالوجه هو البطلان للجهاله و الغرر إذ لا يعلم من الأول ان ما وقع فى مقابل المملوك اى مقدار من الثمن فتكون المعامله غرريا، و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنه.

القول فى أولياء التصرف

قوله (ره): يجوز للأب و الجدان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و

إشاره

الشراء.

أقول: قد عرفت ان من جمله شرائط المتعاقدين ان يكون مالكين

ص: ١٠

للعوضين أو من ينوب منابه و قد عرفت حكم بيع غير المالك فضوله و تحقيق الحق فيه، و ان بيع المالك ماله عن نفسه مما لا اشكال فيه، و اما الوكيل فكك لاستناد فعله اليه و كك المأذون.

و بعبارة اخرى ان البيع اما تقع من المالك أو من غيره، أما الأول فلا شبهة في صحته، و اما الثاني فتارة يكون ذلك برضاء المالك أو لا، فعلى الأول فذلك الغير اما يكون وكيلا فيه من المالك، أو مأذونا فيه من قبله أو لا، اما الأولان فلا إشكال أيضا في صحة البيع لاستناده الى المالك خصوصا إذا صدر من الوكيل لكونه نائبا عنه و نازلا منزلته في فعله فإذا صحح في المأذون ففي الوكيل يصح بالأولوية، اما غير الوكيل و المأذون فإن لحق به الأذن من المالك بالإجازة و رضى بفعله فهو الذى تقدم الكلام فيه مفصلا في البيع الفضولى، و قلنا بالصحة، و الأفيحكم بالبطالان، و اما لا يكون فيه رضا المالك أو رضى و لكن لم يكن لرضائه تأثير في نظر الشارع فهو مورد الولاية فهى على أنحاء منها ولاية الأب و الجد و ثبوتها لهما في الجملة على الصغير من ضرورى الفقه و مورد الإجماع و السيره المشتهره القطعية كما يطلع عليه من تتبع الأبواب المتفرقة في الفقه كتاب النكاح لصراحه الأخبار فيه في ثبوت ولايتهما على تزوج أولادهما الصغير و كتاب المضاربه فإن فيه ما ورد على ولايتهما في جعل المضاربه في مال الولد و في باب الحجر قد ورد ما دلّ على حجر الطفل الصغير عن ماله دون الولي الى غير ذلك من أبواب الفقه و يؤيد ذلك ما ورد في باب الزكاه مما دلّ على ثبوتها في مال اليتيم إذ تجربته الولي و ربح إذ لو لم يكن له ولاية على ذلك لما جاز له التصرف في ماله بالتجاره بل هذا مما قامت به السيره العقلية إذ ليس ذلك مخصوصا بالشريعة الإسلامية بل جاريه في غيره من الشرائع أيضا و استدل المصنف

على ذلك بفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح و الظاهر انه لا بأس بهذه الأولويه و ان ناقشنا فيها فى البيع الفضولى و قلنا ان اهتمام الشارع المقدس بعدم وقوع الزنا و الصفاح يقتضى عكس ذلك الأولويه.

و الوجه فى جهه الفرق بين المقامين هو ان الكلام فى السابق من حيث نفس الفعل الخارجى الموجود فيه و قيل هنا ان أهميه الفروج تقتضى بطلان الفضولى فى النكاح و ان كان صحيحا فى البيع و سائر العقود لاحتمال ان لا يقع واقعا فيكون زنا، فالاحتياط يقتضى عدمه لئلا يقع الزنا و قلنا ان الاحتياط كان يقتضى عكس المطلب و ان كان فيه خلاف الاحتياط أيضا فى نفسه، و لكن محذوره أقل من الأول فإنه يحتمل مع الحكم بالبطلان ان يقع النكاح واقعا فيكون الزنا بذات البعل بخلاف العكس فإنه مع عدم الوقوع فلا يكون زنا إلا بغير ذات البعل، و بالجمله و جهه الكلام هناك كان مختصا فى بيان عنوان الفعل الواقع و جهته، و هذا بخلاف المقام، فان الكلام هنا ليس فى بيان وجهه الفعل الواقع، بل فى كون الغير الأجنبى سببا فى تحقق الفعل و إيجاده من الأول ففى مثل ذلك إذا صح ولاية الأب و الجد على الأولاد الصغار فى النكاح و كونهم سببا فى إيجاد التزويج بينهم مع كونه من أهم الأمور فلا شبهه فى جواز ولايتهم و نفوذ أمرهم فى سائر العقود أيضا بالأولى.

ثم انه يقع الكلام فى جهات:

الأولى: هل يعتبر العدالة فى الولى

الأب و الجد،

فلو كانا فاسقين لا ينفذ تصرفهما فى حق الصغار كما ذهب اليه صاحب الوسيله و الإيضاح أو لا- تعتبر كما ذهب إليه المشهور، بل يظهر من التذكرة الإجماع على ذلك.

و استدل عليه المصنف بالأصل و الإطلاقات، فإن ظاهر عطف الثانى

ص: ١٢

على الأول، هو ذلك لا ان المراد من الأصل هي الإطلاقات كما لا يخفى و لكن لا نعرف معنى لذلك الأصل إذ ليس المراد منه هي أصاله البراءه قطعاً لانه ليس هنا تكليف حتى ينفي بذلك، بل لو كان فالمراد به هو الاستصحاب فان كان المراد به هو الاستصحاب النعتي بأن يقال ان الولايه كانت في زمان و لم تكن مشروطه بالعداله فكك الحال الاستصحاب فلا شبهه انه لم يكن لذلك حاله سابقه إذ ليس زمان تكون الولايه ثابتة و لم تكن مشروطه بالعداله حتى نستصحبها فان كان المراد منه هو أصل عدم الأزلى المحمولي لسلم من اشكال عدم وجود الحاله السابقه إلا ان المصنف لا يقول به ليتمكن تطبيق كلامه به، بل لا يمكن الالتزام بجريانه هنا أيضا إذ لا شبهه ان الولايه بالنسبه الى عدم التقييد بالعداله أو التقييد بها ضروري لاستحاله الإهمال في الواقعيات فهما متضادان فجريان الاستصحاب في نفي التقييد المسمى بالعدم المحمولي ليس اولى من جريانه في الطرف الأخر بعد فرض تضاديهما و بالجملة فأصاله عدم النعتي غير جاريه لعدم الحاله السابقه لعدم المحمولي و إن كان ليس عنه مانع بحسب نفسه على المذهب المختار و لكنه لا يجري للمعارضه.

اذن فلا يمكن الالتزام بثبوت الولايه المطلقه الغير المقيده بالعداله بواسطه الأصل، بل مقتضى الأصل هو عدم ذلك اي عدم نفوذ تصرفاته فإنه ثبت بالأدله القاطعه حرمة التصرف في مال الغير، إلا بإذنه فالخارج منه يقينا صورته كون الغير وليا عادلا فيبقى الباقي تحت الأصل.

نعم، ما ذكره من الإطلاقات في محلّه إذ هي غير مقيده بعداله الولي بل الولايه الثابته بها للأب و الجد مطلقه و ليس في المقام ما يصلح تقيده الا ما ذكره صاحب الوسيله و الإيضاح حيث استدلا على عدم ثبوتها للأب و

الجد الفاسقين بالايه واستظهر المصنف ان المراد منها قوله تعالى «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» و ضعفه.

و وجه الضعف هو ان المراد من الركون فيها ليس الركون فى الأمور الدينويه، بل المراد به فيها هو الركون فى الأمور الدينيه و يدل على ذلك من الآيه ذيلها من قوله تعالى «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» حيث ان ذلك نتيجه الركون الى الظالم فى الأمور الدينيه لا فى الأمور الدينويه و الا فلازمه عدم جواز توكيل الفاسق فى الأموال الشخصيه للبالغين الراشدين و كونه من المحرمات الشخصيه فهو بديهى البطلان و لانه يجوز تأمين الفاسق و جعل الوديعه عنده.

و يحتمل بعيدا أن تكون المراد من الآيه قوله تعالى «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» كما يظهر ذلك من قوله و إخباراته عن غيره.

و فيه انه يظهر الجواب عنه من الآيه السابقه و ان المراد من ذلك ليس ما يرجع الى الجهات الشخصيه، بل ما يرجع الى الجهات النوعيه الدينيه كما يدل على ذلك أيضا ذيل الآيه من قوله تعالى «أَنْ تُصَيَّبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصَيَّبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ» و ان لازمه عدم قبول إخبارات الشخص فى حق نفسه من الإقرار و نحوه كما تقدم من عدم جواز ان يجعل الفاسق أميناً من أمواله مع انه لم يدل دليل على حرمة.

و من هنا يظهر انه لا وجه لتوهم استحاله أخذ قول الفاسق و جعله أميناً فى أموره، و انما يحرم إرجاع الأمور الدينيه إليه اذن فلا وجه لرفع اليد عن تلك المطلقات الكثيره بمثل هذا الأمور الظنيه و توهم الإيضاح ان ذلك خلاف حكمه الصانع، بل يجوز الإرجاع إلى الفاسق بديهى الفساد كما عرفت فان ذلك له وجه فى الأمور الدينيه لا الأمور الدينويه على انه و لو كان

الأب و الجد فاسقين الا ان رافتهما على الأولاد أكثر بمراتب من رأفه جميع العدول عليه إذ في الأب و الجد من الشفقه الذاتيه و الرأفه الطبيعیه بالنسبه إلى أولادهم ما لا ينكر و لو كان فاسقا.

نعم، لو كان الأب و الجد من الفاسقين الظالمين على الطفل بحيث يقامرون بأموال الصغار و يشترون به الخمر و يشربون و غير ذلك من الإتلافات البينه لخرج بذلك عن جواز التصرف فيها و نصب الحاكم الشرعى وليا آخر أو ناظرا لهم حفظا لهم لئلا يكون ظلما عليه، و لكن هذا أمر آخر غير ما نحن فيه.

على ان الظاهر من الآيه ان الفاسق لا يقبل قوله من دون التبين و التفحص و هذا لا ينافى قبول قوله من جهه الولايه ما لم يعلم صدور الخيانه منه، فالولى و ان كان فاسقا يقبل قوله فى حق الصغار لولايته.

و أما الجهه الثانيه و هى اعتبار المصلحه فى تصرفات الولي

فهل يعتبر ذلك كما ذهب اليه ابن إدريس و شيخ و بعض آخر أولهما الولايه مع اعتبار عدم المفسده فى التصرف و إن لم يكن فيه صلاح أصلا كتبديل ماله بمال آخر بلا صلاح، أو لا يعتبر شىء من ذلك، بل لهما الولايه عليه على وجه الإطلاق كما ذهب اليه المصنف فى أول كلامه أو يفصّل بين الأب و الجد بالالتزام بنفوذ أمر الجد مطلقا دون الأب كما يظهر من آخر كلام المصنّف وجوه.

و استدل المصنف على عدم الاعتبار و ثبوت الولايه على الإطلاق بالأخبار الوارده فى إثبات الولايه على الطفل للأب و الجد فإنها مطلقه و غير مقيده بشىء مما ذكر.

و فيه أولا- ان إطلاقاتها غير تمام فان عمدتها ما دلّ على ان الابن ماله للأب و قد ذكر ذلك فى جمله من الروايات و علّل نفوذ أمر الأب على الولد بذلك فى بعضها و لكن لا دلالة فيها بوجه على المدعى فانّ من البديهي

ان المراد بها ليس ما هو الظاهر منها من كون الابن و ما بيده من ممتلكات أبيه، و يكون الفرض من اللام هو الملك ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية، بحيث يجوز له بيعها و لو حجر يكون حقّ الغرماء متعلقا بمال الولد أيضا، و هذا المعنى مقطوع البطلان كيف مضافا إلى ما ذكرنا انه ورد في بعض الروايات ان الأب لو احتاجت إلى جاريه الابن يقوم على نفسه بقيمه عادله ثم تصرّف فيها بما يشاء و انه يجوز له الاستقراض من مال الولد فلو كان الابن و ماله من الأموال ملكا للأب و الجد لما كان تقويم الجاربه على نفسه بقيمه عادله و الاستقراض من ماله وجه بوجه فإنه لا معنى لاستقراض المالك من ملكه أو تقويم ماله على نفسه.

و من هنا ظهر انه ليس المراد بتلك المطلقات كون أموال الولد للوالد حقيقه أو تنزيلا بحيث يفعل فيها ما يشاء ثم ليس المراد من تلك المطلقات ثبوت الولاية لهما على الولد كما توهم إذ مورد بعضها هو الولد الكبير، كالروايه المتضمنه لشكايه الولد إلى النبي (صلى الله عليه و آله) من أبيه و ما تضمن تقديم تزويج الجد على الأب في البنت معللا- بان الجد أب للأب و البنت و غيرهما فلا شبهه في عدم ثبوت ولاية الأب و الجد على الولد الكبير، بل هو مستقل في التصرّف في أمواله كيف يشاء و أيضا لا وجه لتوهم ان المراد منها ثبوت جواز الانتفاع للأب و الجد فإنه مضافا إلى مخالفته بثبوت جواز الاستقراض من مال الولد و تقويم الجاربه للابن على نفسه ان جواز الانتفاع من أموال الأولاد لا يدلّ على ثبوت الولاية عليهم.

و الحق أنها أجنبيه عن المقام و انما هي راجعه إلى بيان أمر أخلاقي ناشئ من أمر تكويني فإنّ الولد بحسب التكوين موهبه من الله تعالى للأب و مقتضى ذلك ان لا يعارض في تصرفاته و يكون منقادا بامرّه و نهيه و يؤيد ذلك

ما فى علل عن محمد بن سنان فى تفسير قوله تعالى «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ» ان الولد موهوب من الله و هبه للأب و على هذا ليس من الإنصاف أن يعارض ما هو هبه للإنسان للموهوب له، بل منقضى الأخلاق هو التحرك بتحريك الأب لكونه له أى هبه له و تحفه من الله تعالى اليه و اذن فلا- دلالة فى إطلاقها على ما ذهب اليه المصنف من عدم اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى و ما ترى من جواز تصرف الجد و الأب فى مال الولد و أخذهما منه من جهة كون انفاقهما عليه مع الاحتياج فلا ربط لذلك إلى جهة الولاية بوجه، نعم لا ينكر الإطلاق لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز عقد الجد و الأب لابن بدون اذنه و للبننت بدون اذنها إذ ليس فيه نقيده بصوره وجود المصلحة فى التصرف و لكن سيأتى جوابه.

و ثانيا على تقدير وجود المطلق كما هو ككك لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز تزويج الأب الابن بدون اذنه أو تماميه إطلاق الروايات المتقدمه كما زعمه المصنف(ره) فلا بدّ من تقييدها بصوره وجود المصلحة بصحيحه أبى حمزه الثمالى فإنها دلّت على عدم جواز تصرفات الولى فى مال الطفل بدون المصلحة لقوله(عليه السلام) لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج اليه مما لا بدّ منه ثم استدلل(عليه السلام) بقوله تعالى «وَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» فلا شبهه ان قوله(عليه السلام) لا نحب و ان كان لا يدلّ على الحرمة و لكن بضميمه استشهاده(عليه السلام) بقوله تعالى «وَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» يدل على الحرمة إذ لا شبهه ان الفساد ليس قسما منه مكروها و قسما منه حراما بل هو متمخض بالحرمة.

و نظير ذلك روايه الحسين بن ابى العلاء فى الدلالة على عدم جواز أخذ الزائد مما يحتاج اليه فيها تقيده تلك المطلقات، و لا شبهه أن مورد

الروائيتين الخاصتين و إذن هو الأموال و لكن ثبوت التقييد فيها يدل على ثبوته في باب النكاح أيضا بالأولويه إذ كما ان ثبوت الولايه في باب النكاح للأب و الجد دل على ثبوتها في غير باب النكاح بالأولويه لكون النكاح أهم و هكذا ثبوت التقييد في غير باب النكاح يدل على ثبوته في باب النكاح أيضا إذ مع عدم نفوذ تصرفات الولي فيما لا يكون فيه صلاح في الأموال ففي الاعراض بالأولى لكونها أهم و يؤيد ثبوت التقييد ما ورد في تقويم الجاربه على الولي بقيه عادله و جواز اقتراض الولي من مال الولد إذ لو كان تصرفات الولي نافذا في حق الطفل مطلقا لم يكن وجه للتقويم بقيمه عادله، بل كانت القيمه النازله أيضا و ايا و كذلك لم يكن وجه للقرض، بل كان يكفي أخذه بأى نحو شاء هذا مع انه يمكن منع تحقق الإطلاق في باب النكاح بحسب نفسه أيضا إذ الولايه للأب و الجد على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات و توجههما إليهم، و اما لو أوجبت الولايه توجه الضرر إليهم فمن الأول يمكن القول بعدم جعل الولايه فيه و خروجه عن مورد الروايات تخصصا بل هذا هو المتعين إذ لا يمكن القول بولايه الأب و الجد على تزويج أولادهم كيف شاءوا و ان كان فيه ضرر عظيم موجب لتضرره اذن فليس هنا إطلاق أصلا من الأول فضلا عن احتياجه الى المقيد.

و بالجمله أنها ناظره إلى أصل جعل الولايه لهما مع ما فيهما من الرأفه للأولاد و ليس فيها إطلاق إلى سائر الجهات، و اما اعتبار المصلحه في تصرفاتهم بان يلتزم بعدم كفايه مجرد عدم المفسده في ذلك، بل لا بد من وجود المصلحه في تصرفاتهم و قبل بيان ذلك لا بدّ و أن يعلم انه يجوز تصرف الولي لأنفسهم في مال الطفل و ان لم يكن فيه المصلحه و من هنا يجوز قرض الولي من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحه في ذلك

للطفل بوجه و هذا بالنسبه إلى نفس الأولياء مما لا شبهه في جوازه و اما اعتبار المصلحه في غير ما يرجع الى شؤونهم فاستدل عليه بقوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» حيث ان التقرب الى ماله بلا مصلحه فيه ليس بأحسن فلا يجوز.

و بالجمله كان كلامنا في ولايه الأب و الجد و قد اختار المصنف عدم اعتبار شيء في ولايتهما للأولاد و قربه شيخنا الأستاذ في دوره الأخير و تمسك المصنف في ذلك بالإطلاقات الوارده في خصوص الولايه و جعلها لهما فان الظاهر فيها ان أمر الأولاد و أمر أموالهم راجع إلى الجد و الأب و قد رئت أنها أجنبيه عن المقام لان المذكور في أكثرها ان الابن ماله للأب فلا شبهه في عدم إمكان إرادته المالكيه الحقيقيه منها ليكون اللام للملك بحيث يبيع للابن أو يؤجرها من الغير فيؤخذ أجرته و ثمنه أو يأخذ أمواله و يفعل فيها ما يشاء خصوصا مع ملاحظه ما في بعضها من كون موردها الابن الكبير الذي لا ولايه لهما عليه إجماعا و كيف و قد ورد في بعض الروايات تقويم الجاريه للابن على نفسه و التصرف فيها و في بعضها الآخر أخذ القرض من مال الولد فلا شبهه في عدم جريان ذلك في أموال شخص المالك بالنسبه إلى نفسه و لا يجوز ان يراد من تلك الأخبار المالكيه التنزيليه لما عرفت من عدم مالكيه الأب و الجد على الأولاد و أموالهم بوجه، بل لا يجوز ولايتهم على بعض ما في تلك الروايات كالولد الكبير فلا معنى للتنزيل هنا أيضا كما لا يخفى بان ينزل أموال الأولاد بمنزله ماله في جواز التصرف فيها و في أنفسهم بالإجاره و البيع و الشراء و أكل أموالهم و اجراء ما يجرى على ماله بحيث يكون مال الطفل و نفسه من جمله أمواله حقيقه أو حكما بلا وجه، و لم يفتوه به أحد فيما نعلم، بل هي ناظره إلى جهه الاخلاقي كما عرفت لما ذكر في

بعض الروايات ان الولد هبه موهوبه للأب فلا ينبغي ان يعارضه فى التصرفات و ما ورد من جواز أخذ الأب و الجد من أموال الولد مع الاحتياج ليس من جهة الولاية، بل من جهة وجوب إنفاق الأب على الولد مع الاحتياج كعكسه كك.

فليس فى تلك الروايات بحسب نفسها إطلاق و على تقدير ثبوت الإطلاق فيها كما ثبت فى جملة من اخبار النكاح فى تزويج الأب و الجد الابن و البنت لكونها مطلقه من حيث ثبوت المصلحه و عدم ثبوتها فى النكاح فلا بد من تقييدها بروايه الثمالى لأنها صريحه فى عدم الولاية مع الفساد كما هو مقتضى استدلاله (عليه السلام) بالايه و ان تصرفات الجد و الأب فى هذه الصوره محرمة و بروايه الحسين بن ابى العلاء فإنها لا تدل على أخذ الأب من مال الطفل إلا بمقدار قوته و عدم جواز التصرفات المسرفه فيه فلو كان لهما ولاية على الطفل حتى مع المفسده فى التصرف لما كان لهذا النهى وجه و عليه فنقيده بهما الروايات المطلقه حتى الوارده فى باب النكاح و لا- يضر اختصاص موردهما بالأموال لأنه إذا ثبت التقييد فى ذلك فيثبت فى النكاح بالأولويه لكونه أهم فى نظر الشارع، بل يمكن منع تحقق الإطلاقات فى باب النكاح أيضا من جهة أنها ناظره إلى جعل الولاية للأب و الجد و كون ولاية الثانى مقدمه على الأول بما لهما من الرأفه الطبيعى لأولادهم بان يعاملوا معامله مال أنفسهم فى حفظه و عدم التصرفات المتلفه فيه فاصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر لهذه الحكمه و العله و على هذا فتصرفاتهم الموجهه لتلف أموالهم و تضررهم بما لا ينبغي ينافى لذلك الحكمه و الملاك فتتقلب على العكس.

و بالجملة ظاهر جعل الولاية للأب و الجد على الأولاد لرأفتهم على

الطفل لكونه هبه له و موهوبا عليهم من قبل الله تعالى كما أشير الى ذلك فى جمله من الروايات فلا- تعرض فيها لصوره المفسده لكونها على خلاف الرأفه فلا إطلاق فيها أيضا و قال بعض مشايخنا المحققين بوجود المقيد فى باب النكاح أيضا حيث ورد فى بعض روايات جعل الولايه لهما فى باب النكاح ان تزوج الجد يتقدم إذا لم يكن ضرر فان مفهومه يدل على عدم الولايه له مع الضرر فيكون مقيدا للمطلقات فيها.

و فيه ان المفهوم و ان كان موجودا و لكنه عدم الولايه مع الضرر، بل المراد به نفى أولويه الجد و تقديمه على الأب عند الضرر و هذا غير مربوط بالروايه فلا يكون ذلك مقيدا للإطلاقات فى باب النكاح.

الجهه الثالثه: فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولايه لهما فى صوره

وجود المفسده فى تصرفات الأب و الجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اعتبار

المصلحه فى تصرفات

بحيث لا يجوز تصرفهم إذا خلا عنها و لو لم تكن فيه مفسده أم لا يعتبر، و قد تقدم ان التصرفات الراجعه إلى نفس الولي و لو لم تكن فيها مصلحه جائزه بلا اشكال و انما الكلام فى غيرها و قد استدل على الاعتبار بوجوه:- الأول: ان طبع المطلب و جعل الولايه لهما يقتض ذلك فان ذلك لأجل أن يتصرف فى أموالهم بما من المصلحه من التجاره و التبديل و إلا فمجرد التصرفات اللغوه بلا- وجود ثمره فيه فلا- يجوز و بالجمله ان حكمه جعل الولايه للأب و الجد بحسب الطبع هى جلب المنافع له و دفع المضار عنه لكون الأب و الجد بحسب الطبع هكذا بنسبه إلى أولادهم و إلا فمجرد كون شىء ذى صلاح لغير الطفل و ان لم يكن فيه صلاح له لا يجوز التصرفات فى فعله و بالجمله ان جعل الولايه لهما عليه ليس إلا لحفظ الولد و ماله و

دفع المضار عنه و جلب المنفعه اليه و الأ فلا يجوز التصرف في ماله و لو لم يكن فيه مفسده.

و فيه ان هذا و ان كان بحسب نفسه تماما و لكن لا يتم في جميع الموارد لإمكان ان يكون الصلاح في ذلك الجعل راجعا إلى الولي.

و بعبارة أخرى تاره يلاحظ في جعل الولايه لهما صلاح المولى عليه فيجرى فيه ذلك الحكمه.

و اخرى يلاحظ حال الولي فلا شبهه انا نحتمل الثاني أيضا اذن فلا دافع للإطلاقات الداله على جعل الولايه لهما عليه حتى في صوره عدم المصلحه في تصرّفهم، بل يكفي مجرد الشك في ذلك أيضا و لا يلزم العلم بعدم اعتبار المصلحه في ثبوت الولايه لهما عليه عند عدم المصلحه في التصرف.

الثاني: دعوى الإجماع على الاعتبار و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجه لمخالفه جملة من الأعظم في ذلك، بل نحتمل استناده الى الوجوه المذكوره هنا لعدم الجعل في صوره عدم المصلحه فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى الحجه.

الثالثه: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا- بِأْتِي هِيَ أَحْسَنُ» و هذه هي العمده في المقام بدعوى ان التصرف الخالى عن المصلحه في مال اليتيم ليس تصرفا حسنا فيحرم للنهي عن التقرب إليه، فإن أطلق اليتيم على من مات امه كما ليس بيعيد فتشمل الآيه لكل من الأب و الجد، و الأ فتختص بالجد و يتم في الأب بعدم القول بالفصل اذن فنرفع اليد عن الإطلاقات الداله على ثبوت الولايه لهما مطلقا حتى مع المصلحه.

و فيه أن الآيه عام لكل احد سواء كان أبا أو جدا أم غيرهما فإنها

تنهى عن التقرب بمال اليتيم لكل احد فنخصصها بالروايات الداله على جعل الولايه للأب و الجد و لو مع عدم المصلحه فيه و ليس بينها عموما من وجه حتى يعمل بقواعده لانحصار الموضوع فى الروايات بالأب و الجد فقط و عمومه فى الآيه و ان كان الأمر كك مع ملاحظه الحكم و لكن الحكم وارد على الموضوع الواحد فقط فى الروايه و على المتعدد فى الآيه فافهم.

و من هنا يظهر الجواب عمّا ذهب اليه المصنف أخيرا من التفصيل بين الأب و الجد و القول بثبوتها للجد دون الأب لعدم إطلاق اليتيم على من مات امه لتشمل الآيه لهما فإنه مضافا الى إطلاق اليتيم على من مات امه انك علمت سابقا ان ولايتهما ثابتة فى النكاح على الابن و البنت، و فى الأموال بالأولى فلا نحتاج إلى الاستدلال بالايه على ثبوت الولايه حتى يمنع عن شمولها للأب فتختص بالجد فقط و سيأتى الكلام فى هذه الجهه.

الجهه الرابعه: بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسده فى تصرفات الأب

و الجد فى مال الولد، فهل هذا شرط فى عالم الإحراز

فلو أحرز فى مورد عدم المفسده فباع مال الولد فبان وجود المفسده فى ذلك فلا يبطل البيع و ينفذ التصرف أو هو شرط فى الواقع فلو كان مورد مفسده واقعيه فلم يحرز أو أحرز عدمها فاقدمه فيكون باطلا أو انهما من الشرائط معا فلو أحرز المفسده و مع ذلك أقدم على التصرف فبان كونه صلاحا إذ لو لم يباع لكان تلفا أو أحرز الصلاح فأقدم فظهر عدم الصلاحيه فيكون تصرفه هذا صحيحا.

نعم لو أحرز المفسده فى مورد فأقدم على التصرف فظهر كما أحرزه فيكون فاسدا.

و الظاهر هو الوجه الأخير و قبل بيان وجهه فلا بدّ و ان يعلم ان هذه الجهه لم يحرز فى كلامهم، بل لم يذكر إلا بنحو الرمز و الإشاره فنقول قد

علمت ان المقيد للإطلاقات كان خبر الثمالي، فإنه اعتبر عدم الفساد في تصرفات الأب و الجد في مال الطفل، و هو كالمعصيه قائم بأمرين أحدهما الوجود الواقعي و ثانيهما إحرازه اى تنجزه لا يقال انّ فلانا أفسد أو فعل فعلا فاسدا، كما ان الأمر كك في عنوان المعصيه حيث ذكرنا في سفر معصيه في تحققها أمران أحدهما ان يكون ما سافر لأجل الغرض المعلوم معصيه و الثاني علم المسافر بذلك و تنجز التكليف في حقه بحيث يكون المنجز هو الحكم الواقعي في حقه، فلو سافرت المرأه بدون رضائه الزوج فبان أنها مطلقه فلا يكون سفرها معصيه أو سافرت بزعم أنها مطلقه فبان خلافها فليس سفرها سفر معصيه أيضا و انما يكون سفر معصيه مع اجتماع الأمرين.

و بالجمله فما لم يتحقق كلا الأمرين لا يتحقق المعصيه كما انه مع عدم تحقق الفساد الواقعي و إحرازه في التصرف لا يقال ان تصرف الولي كان مفسدا.

و على هذا فيكون المقيد لتلك الإطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجد في خصوص كون تصرفهم مفسدا لمال اليتيم مع العلم به و ما لم يتنجز، فلا مانع من التمسك بالإطلاقات و الحكم بثبوت الولاية لهما.

و كان الكلام في الجبهه الثانيه فهى اعتبار المصلحه زائدا عن اعتبار

عدم المفسده فى ولايه الأب و الجد.

و قد استدل على ذلك بوجوه:-

الأول: دعوى الإجماع

على ذلك و فيه انه بعد ذهاب المتأخرين الى عدم اعتبار شىء فيها إلا عدم المفسده، بل ذهاب بعض آخر الى عدم اعتبار شىء فيها لا يبقى مجال لدعوى الاجمال ليكون إجماعا اصطلاحيا تعبديا و كاشفا عن قول المعصوم (عليه السلام)،

الثانى دعوى ان الحكمة فى جعل الولاية للأب و الجد ليس إلا جلب المنفعة للطفل و دفع الضرر عنه،

و الآ فتكون لغوا.

و فيه ان هذا و ان كان تماما فى غير الأب و الجد و لكنه لا يتم فيهما لا مكان ان تكون الحكمة فى جعل الولاية لهما ملاحظه حالهما من الشفقة الذاتيه و الرأفة الطبيعیه الموجوده فيهما بالنسبه إلى الأولاد، وانهما لا يقدمان على ضرره و ان كان فى بعض الأحيان يفعلون فى أموال الطفل ما يرجع الى نفعهم كما ثبت ذلك فى النص أيضا كالاقتراض من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه فإنه أى نفع فى ذلك للولد، بل قد ورد جواز الأكل من مال الولد مع الاحتياج و ان كان هذا من جهة الاتفاق و لذا قيدنا هذه الجهة فى أول المطلب بان المراد فى اعتبار المصلحه فى تصرفهما التصرفات الراجعة الى غير الأب و الجد و الآ فيجوز لهما ان يتصرفا فى أموال الطفل تصرفا لا صلاح و لا فساد فيه للطفل، بل للولى فقط، كالاقتراض و تقويم جاريته على نفسه و التصرف فيها و كيف كان لا- يستفاد من حكمه الجعل الآ- كون اعتبار المصلحه فى التصرفات الراجعة الى غير الولى لا فى التصرفات الراجعة إليهم، بل ثبت جواز أخذهما من مال الطفل بقدر الاحتياج.

الثالث: الآيه المباركه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»

التي هى العمده فى المقام و قلنا فى الأمس تبعا للشيخ ان الروايات الداله على ثبوت الولاية للأب و الجد مقيده للايه و مخصصه لها لكونها مطلقه من حيث اعتبار المصلحه فيها و عدم اعتبارها و انما الثابت اعتبار عدم المفسده فى ذلك كما تقدم فلا تدل الآيه على المدعى.

و فيه ان لهذا الكلام مناقشه واضحه إذ الروايات المثبتة للولاية عليهما

على طائفتين:- الأولى: ما دل على كون الأب مالكا للابن و ماله.

و الثانية: ما دل على ثبوت الولاية لهما فى النكاح و جواز تزويجهما الولد.

اما الطائفة الأولى فبناء على دلالتها على ملكية الأب و الجد للولد و ماله اما حقيقة أو تنزيلا بان يعامل معه و ماله معامله مال نفسه، و ان لم يكن مالكا حقيقة و ان كان تماما و لكن نمنع دلالتها على هذا كما عرفت، إذ مورد بعضها الولد الكبير فلا شبهه فى عدم ولايتهما عليهم و على مالهم و أيضا ثبت جواز اقتراض الولي من مال الولد و تقويم جاريته على نفسه مع انه لا معنى لأن يقترض الإنسان من مال نفسه و ان يقوم مال نفسه على نفسه.

و بالجمله ان السيره العقلية و الشرعية و ان اقتضت ثبوت الولاية للأب و الجد على الأولاد و لكن السيره القطعية أيضا قامت على عدم جواز معامله مع مال الطفل معامله مال نفسه خصوصا الكبار منهم.

و اما الطائفة الثانية فالإطلاق فيها تمام فى باب النكاح بالمنطوق خصوصا فى روايه الكافى يجوز أمر الأب و الجد فى النكاح من غير تقييد، بكونه صلاحا له فتتعدى الى غير باب النكاح بالأولويه كما عرفت بل تلك الأولويه منصوصه فإنه عليه السلام بعد ما سئل عن تصرف الولي فى مال الطفل فقال فهل يجوز نكاح الولي؟ قال السائل نعم، فقال عليه السلام: فكيف لا يجوز تصرفه فى الأموال، و لكن مع ذلك لا يمكن تخصيص الآيه بها لا من جهة الإشكال فى الإطلاقات و منع تحققها، بل من جهة ان الكلام فى مقدار ثبوت الولاية بها و جواز تصرفاتهم أى الأولياء فى مال المولى عليه فان الظاهر من الآيه أن التصرفات الغير الحسن ليست بجائزه و إطلاقات الروايات جوازها

مع عدم المفسده فيها فيقع التعارض في مورد ليس فيه صلاح للولد و لا فيه مفسده و ليس راجعا إلى الولي أيضا كالاقتراض و نحوه لما عرفت جوازه بالنسبه إلى الولي.

اذن فلا يمكن المساعده على ما ذهب اليه المصنف من القول بالتخصيص و لكن للمناقشه في ذلك أيضا مجال واسع لمنع دلالة الآيه على ثبوت الولايه و كونها أجنبيه عن المقام نعم لو كانت داله فالأمر كما ذكرناه من العموم من وجه.

و توضيح منع الدلاله بعد ما لم نجد روايه في تفسير الآيه و لا تعرضا لها في آيات الاحكام ان الظاهر الآيه هو النهي تكليفا في التسلط على مال اليتيم و تملكه و اكله بالباطل و ذلك لما ذكرنا في بحث التفسير ان النهي عن التقرب يختلف باختلاف الموارد فإذا تعلق بالافعال نظير «لا- تَقْرَبُوا الزَّانِيَ و لا- تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ» و نحوهما يقيد حرمة الفعل و كونه بنفسه محرّما و إذا تعلق بالأعيان يدلّ على عدم التسلط عليها و حرمة أكلها و مبعوضيه تملكها اذن فالنهي عن التقرب بمال اليتيم نهى تكليف لا نهى وضعى يقيد عدم نفوذ التصرف كالبيع و الشراء و المراد بالباء هو باء السببيه نظير الباء الذى قلنا بالسببيه فيه فى آيه «التجاره عن تراض» و المراد بالتى ليس هو التقرب و الأ- لما كان وجه للتأنيث، بل هى إشاره إلى الطريقه الوسطى الإسلاميه أو الى الشريعه الواضحه المحمديه كما عبّر عن ذلك فى آيه أخرى بالمعروف و نهى عن أكل مال اليتيم الأ بالمعروف و عليه فتكون الآيه نظير آيه التجاره نهيا عن أكل المال بالباطل إلا بالطريقه الوسطى و بالأسباب الشرعيه فلا تكون مربوطا بالبيع و الشرى و بجهه الولايه و انما ذكر اليتيم هنا لكون أكل المال بالباطل من مال اليتيم كثيرا لعدم الدافع عنه كما ذكر ذلك

فى بعض التفاسير أيضا، بل لا بد من إحراز من يجوز له التصرف ليكون تصرفه بوجه حسن و بالطريقه الوسطى من الخارج فلا شبهه فى دلالة المطلقات على ثبوت الصغرى و من له التصرف للأب و الجد فتكون تصرفاتهم من الطريقه الوسطى و بالشريعه الحسنه.

و لو تنزلنا عن تخصيص الآيه بالنهى عن التقرب التكليفى و أردنا من ذلك مطلق النهى أعم من التكليفى و الوضعى، بأن يكون المراد بها النهى عن التقرب بأموال اليتيم تكليفا و وضعاً و يكون ذلك التقرب حراماً تكليفا و غير نافذ وضعاً فأيضاً تكون الآيه خارجه عن صحه البيع من الولى مع المصلحه أو بدونه و تصرفات الولى لما ذكرناه من الوجه من كون المراد بالباء السببيه و من التى الطريقه الوسطى و الشريعه دون التصرف الحسن فى مال اليتيم فأى شخص يجوز له التصرف و أى شخص لا يجوز له ذلك، فلا بدّ و ان يحرز من الخارج اذن فالروايات محرزه لذلك كما عرفت.

و بالجمله فالاستدلال بالايه انما يتوقف على مقدمتين على سبيل منع الخلو كلتاهما ممنوعه:- الأولى: إرادته النهى التكليفى من النهى عن التقرب بمال اليتيم و قد عرفت ضعفه.

و الثانيه: ان يراد بالتى هى أحسن التصرف الحسن ليدلّ على جواز التصرف للولى فى مال الطفل عند وجود المصلحه له، و قد عرفت منعه أيضاً اذن فلا- يبقى للآيه دلالة على المدعى فضلاً عن القول بالتخصيص بالروايات أو إيقاع المعارضه بالعموم من وجه، بل هى أجنبيّه عن جهه الولايه بالمره فضلاً عن تلك القيل و القال فافهم.

الجهه الخامسه: هل الحكم مختص بالجد الدانى أو يعم العالى أيضاً؟

فالظاهر الإطلاقات هو الثانى، إذ لم يفصل فيها بين العالى و الدانى بل مقتضى قوله (عليه السلام) فى روايه الكافى يجوز أمر الأب و الجد و كذا غيره عدم الفرق بين الأجداد و ان الجد و ان علا يشارك الأب فى الولايه عرضا على ان مقتضى الأخبار المتقدمه الداله على ثبوت الولايه للأب معللا بأنك و مالك لأبيك فإن الظاهر منها بحسب الاستغراق ان كل أب مالك لابنه و ماله انما سرى الحكم فكل أب عال مالك للأب النازل و ما فى يده، لكن الأب النازل مالك لابنه و ماله بالقياس استثنائى فيكون الأب العالى أيضا كك و بالجمله فالعمده فى المقام هو الإطلاقات و الزائد عن ذلك مؤيدات.

الجهه السادسه: فى انه إذا فقد الأب فهل الحكم بولايه الأجداد

عرضى

فلكل واحد منهم ولايه فى عرض الأخر أو طولى بمعنى ان الأقرب منهم يمنع الآ- بعد ربما يتوهم الثانى لايه الإرث «أولوا الأرحام بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» فكما ان الجد الأقرب الى الميت يمنع عن الأبعد فى الإرث فكك هنا أيضا و لكن الظاهر ان الآيه وارده لحكم الإرث و لا- تشمل الولايه فكل منهما مقام غير مربوط بالآخر، بل مقتضى الإطلاقات فى باب النكاح أيضا عدم الفرق فى ذلك و كون كلهم مشتركين فى ثبوت الولايه لهم فى عرض الأخر مع وجود الأب و فقداه خصوصا روايه الكافى يجوز أمر الجد و الأب فى النكاح و لم يوقف ولايه الجد على عدم الأخر مع عدم الأب أو مع وجوده و كك فى الإطلاقات الأخر و هذا مما لا اشكال فيه و إنما الكلام فى نفوذ ولايه الجد مع عدم الأب حيث انه ذكر ثبوت الولايه فى المطلقات للجد مع الأب فيمكن الحدس منها انه مع فقد الأب ليس للجد ولايه على الطفل أصلا.

و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثه:

الاولى: فى انه هل

ثبت الولايه لغير الجد الأدنى من الأجداد

أو يختص الحكم بالجد الأدنى

ص: ٢٩

أو يعم الأجداد الأعلون أيضا مورد بعض الروايات الداله على ثبوت الولايه للجد و ان كان هو الجد الأدنى كالروايه الداله على تقديم تزويج الجد على الأب و بعضها الآخر و لكن إطلاق جملة منها على مطلق الأجداد لا ينكر كروايه الكافي يجوز أمر الجد و الأب الشامل لمطلق الأجداد و غيرها و ذكر الجد مع الأب لا يكون قرينه لإرادته الجد الأدنى فقط، ففي هذه الطائفة المطلقة غنى و كفايه، بل مقتضى التعليل لثبوت الولايه على الأب، بأن أنت و مالك لأبيك إذ هو شامل بنحو القضية الحقيقيه و بعنوان الاستغراق على كل الأجداد، بل يتأكد الحكم كلما تتصاعد الأجداد.

و بالجملة مقتضى طائفه من المطلقات هو ثبوت الولايه للأجداد الأعلون كما تثبت للجد الأدنى أيضا، و ان كان مورد بعضها خصوص الجد الأدنى الآن في غيره غنى و كفايه.

الجهه الثانيه: هل يختص ولايه الجد بحال حياه الأب أو ثبت له

مطلقا

كما هو المشهور بين المتأخرين و لو في حال الممات أيضا مقتضى الإطلاقات هو عدم الفرق بين حال الحيات و حال الممات، كروايه الكافي و غيرها، بل مقتضى التعليل بقوله أنت و مالك لأبيك هو ذلك أيضا فلا وجه لتخصيصها بصوره الحيات، نعم يظهر من روايه فضل بن عبد الملك تقييدها بصوره الحيات فقط، فان فيها سئل عن تزويج الجد ابنه ابنه فقال عليه السلام إذا كان الأب حيا و الجد مرضيا فلا بأس، فإن الظاهر منها انه اعتبر في ولايه الجد أمران الأول ان يكون الأب حيا و الثاني ان يكون مرضيا و ظاهر المرضي كونه مرضيا في دينه و دنياه فتكون داله على اعتبار العدالة في ولايه الجد و قد ورد هذا اللفظ في إمام الجماعة أيضا و أريد منه العدالة فبالأولويه تثبت اعتبارها في ولايه الأب أيضا و عليه فما تقدم منا من عدم اعتبار العدالة

ص: ٣٠

فى ولايه الأب و الجد على الطفل بلا وجه لو صحت الروايه حيث ورد اعتبارها هنا و ان عللوا الحكم هناك بوجه عقلى كما عن الإيضاح و غيره و انه ظاهر فى عدم وجود الروايه هنا و قد نقل المجلسى فى شرح الكافى عن بعضهم اعتبار العدالة فى ولايه الأب و الجد اعتمادا على هذه الروايه.

و الكلام فى هذه الروايه يقع من جهتين:- الاولى: فى سندها.

و الثانيه: فى دلالتها.

اما الاولى فسند الروايه من غير جهه جعفر بن سماعه بن موسى و ان كان تمام لكونهم ثقات و ان كان بعضهم واقفيا روى الروايه المجلسى إلى الضعف من جهه الوقف و اما جعفر بن سماعه فهو ضعيف فتكون ضعيفا من جهته و فى الرجال الكبير اتحاده مع جعفر بن محمد بن سماعه المسلم الوثاقه و انما حذف لأجل الاختصار و عليه فتكون الروايه موثقه و قيد بها جميع المطلقات مع ثبوت دلالتها و تختص ولايه الجد بصوره حياه الأب.

و لكن هذا فاسد فيكفى فى نفى الاتحاد و ضعف الروايه مجرد احتمال التعدد.

و بعباره اخرى انما يجوز العمل بالروايه مع ثبوت وثاقته فبدون الإحراز لا يجوز العمل بها، فمجرد كون جعفر بن محمد بن سماعه ثقاه لا يوجب كون جعفر بن سماعه أيضا ثقاه للاتحاد لاحتمال ان يكون هنا جعفران أحدهما ابن السماعه و الآخر ابن ابنه، فهو ليس ببعيد اذن، فالروايه ضعيفه السند كما فى المرات شرح الكافى.

الجهه الثانيه: فى دلالتها و قد وقع الخلاف فى ان المفهوم فى قوله عليه السلام إذا كان الأب حيا جاز، هل هو مفهوم الشرط أو هو مفهوم الوصف

فحكى الأول عن صاحب الجواهر والثاني عن غيره، وان كان الثاني بأن يكون ثبوت الولايه للجد بوصف التزويج لابنه، فإذا انتفى الوصف انتفى الولايه إذا القيد جاء لبيان تحقق الموضوع فليس من قبيل مفهوم الشرط فإنه مثل ان رزقت ولدا فاخته فلا مفهوم في الروايه لتدل به على عدم الثبوت عند موت الأب و ان كان من قبيل مفهوم الشرط فتدلّ على ذلك و قد اختار شيخنا المحقق الأول و أشكل في المفهوم الشرط من جهة القيد جىء به لبيان تحقق الموضوع و ان نفوذ العقد و جوازه فيما إذا كان الجد يزوج و مع عدم الزواج فليس هنا عقد حتى ينفذ أو لا ينفذ فيكون سالبه بانتفاء الموضوع نظير ان رزقت ولدا فاخته و ان ركب الأمير فخذ ركابه و أمثال ذلك و الظاهر ان المقام من قبيل مفهوم الشرط و مع ذلك لا يدلّ على المقصود و توضيح ذلك ان القيد في القضيّه الشرطيّه تاره يجىء لبيان تحقق الموضوع فقط كقولك ان ركب الأمير فخذ ركابه ان رزقت ولدا فاخته فمع عدم الركوب و الارتزاق لا موضوع للحكم أصلاً فضلاً عن ثبوت المفهوم.

و اخرى يكون القيد موليّاً و جىء به بعنوان المولويّه كقولك ان جاء زيد فأكرمه إذا المجىء قيد للإكرام و لكنه ليس بالتكوين، بل بالمولويّه فهذا لا شبهه في ثبوت المفهوم فيه و دلالة انتفاء القيد على انتفاء الحكم.

و ثالثه تكون القضيّه الشرطيّه مركبه من أمرين أى يكون فيها قيدين أحدهما مولوى و الآخر تكوينيّ كما إذا قال ان رزقت ولدت و كان متصفاً بوصف كذا فتصدّق بدرهم فان قيد الارتزاق تكوينيّ و لكن قيد اتصافه بوصف كذا مولوى فبالنسبه إلى القيد الذى لبيان الموضوع فلا مفهوم لها، و اما بالنسبه إلى القيد المولوى فللقضيّه مفهوم و هذه كبرى كليّه قد نقّحناها في الأصول و المقام من هذا القبيل فان قوله عليه السلام ان زوّج الجد ابنه ابنه

و كان أبوه حيًا بالنسبة إلى قيد التزويج، فالقضية سبقت لبيان الموضوع فلا مفهوم لها مع انتفاء القيد و اما بالنسبة إلى القيد الآخر و هو كون الأب حيًا و الجد وصيًا فالقيد مولوى فتدل على المفهوم فينتفى الحكم عند انتفاء القيد اذن فلا وجه للإشكال على الرواية من ناحيه مجيء القيد لبيان تحقق الموضوع.

بل الوجه في عدم دلالتها على المفهوم و على اعتبار حياه الأب في ثبوت الولاية للجد هو ان القيد أعنى كون أبوه حيًا لم يذكر مولويًا و لتقييد الولاية و تخصيصها بخصوص حياه الأب بل ذكر للتنبيه على خلاف العامه من تخصيصهم ولاية الجد بصوره موت الأب و انه مع وجود الأب لا تصل النوبه إلى الجد، فهذا الذي ذكرناه و ان كان في نفسه خلاف الظاهر من الروايه و لكن مع ملاحظه ما التزم به العامه و ملاحظه الروايات الأخر حيث صرح فيها بولاية الجد مع حياه الأب تكون الروايه واضحه الداله على المدعى.

الجهه الثالثه: هل تختص الولاية بعد موت الأب بالجد الأدنى أو

يعم الجد الأعلى أيضا،

الظاهر عدم الفرق في ذلك بين حياه الأب و مماته فان ثبت الحكم لجميع الأجداد ثبت مطلقا، و الآ فلا، الظاهر هو الأول لوجود المقتضى و عدم المانع، اما الأول فلان إطلاقات باب النكاح مع التعليل المذكور في الروايات من قوله عليه السلام أنت و مالك لأبيك عدم الفرق بين الأجداد في ذلك و اما عدم المانع فلأن ما توهم من المانع ليس الآ قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ فعموم الآيه يشمل الولاية أيضا فتثبت الولاية على الأجداد عند موت الأب بالطول و ان كانت ثابتة حال الحياه بالعرض للإطلاقات المقيده لعموم الآيه و لكن بعد الموت فلا مقيد فتخصص الحكم بالجد الأدنى الداله على ثبوتها لمطلق الأجداد مطلقا سواء كان الأب حيا أو ميتا، و فيه أن الآيه وردت في الإرث

فلا يجوز التمسك بها في المقام مع ما عرفت.

الكلام في ولاية الفقيه

قوله (ره) من جمله أولياء التصرف في مال من لا- يستقل بالتصرف، أقول و قبل الخوض في المسألة لا- يخفى أن الإفتاء من مناصب الفقيه، بل يجب له الإفتاء مع الرجوع اليه و اجتماع شرائط الإفتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الإفتاء و هذا مما لا شبهه فيه، و انما الكلام في التكلم في مقامين على ما تكلم فيهما المصنف.

و بعبارة أخرى

ان للفقيه ثلاثة مناصب،

أحدها الإفتاء فيما يحتاج اليه

الناس في عملهم

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية و هذا مما لا- شبهه في وجوبه على الفقيه إذ للمكلف اما يجب ان يكون مجتهدا أو مقلدا أو عاملا- بالاحتياط، فإذا رجع المقلد الى الفقيه يجب عليه الإفتاء نعم بناء على عدم وجوب التقليد لا يجب الإفتاء و تفصيل الكلام موكول الى باب الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومه و القضاوه

فلا شبهه في ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بين في بحث القضاوه.

الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

و يقع الكلام هنا في جهتين:

الاولى: استقلال الولي بالتصرف في مال المولى عليه أو في نفسه مع قطع النظر عن كون غيره أيضا مستقلا في التصرف في ذلك و عدمه و توقف تصرفات ذلك الغير على اذن الولي و عدمه.

الثانية: في عدم استقلال الغير في التصرف في أموال المولى عليه و أنفسهم و انما هو متوقف على اذن الولي من الحاكم أو غيره سواء كان الموقوف

عليه أيضا مستقلا فى التصرف أو لم يكن، والمرجع فى ذلك الى كون نظره شرطا فى تصرفات الغير و ان لم يكن هو أيضا فى نفسه مستقلا فى التصرف فى أمواله و نفسه و بين الجهتين عموم من وجه ثم لا- بأس بصرف عنان الكلام إلى ولايه النبى و أوصيائه تبعاً للعلامه الأنصارى (ره) و يقع الكلام فيه فى جهتين كما تقدم.

أما الكلام فى الجبهه الاولى و كونهم مستقلين فى التصرف فالكلام فيها من جهات أربعة:- الاولى: فى ولايتهم التكوينية. الثانية: فى ولايتهم التشريعية.

الثالثة: فى نفوذ أوامرهم فى الأحكام الشرعية الرجعة إلى التبليغ و وجوب تبعيتهم.

الرابعة: فى وجوب اطاعه أوامرهم الشخصية.

أما الجبهه الأولى فى ولايتهم التكوينية.

فالظاهر أنه لا- شبهه فى ولايتهم على المخلوق بأجمعهم كما يظهر من الاخبار لكونهم واسطه فى الإيجاد و بهم الوجود، و هم السبب فى الخلق، إذ لولاهم لما خلق الناس كلهم و انما خلقوا لأجلهم و بهم وجودهم و هم الواسطه فى إفاضه، بل لهم الولاية التكوينية لما دون الخالق، فهذه الولاية نحو ولايه الله تعالى على الخلق و لايه إيجاديه و ان كانت هى ضعيفه بالنسبه إلى ولايه الله تعالى على الخلق و هذه الجبهه من الولاية خارجه عن حدود بحثنا و موكوله إلى محله.

و اما الجبهه الثالثه أعنى وجوب إطاعتهم فى الأحكام الرجعة إلى

التبليغ

فهى قضيه قياستها معها إذا بعد العلم بأن الأحكام الإلهيه لا تصل الى كل احد بلا واسطه و ان النبى صادق انما نبأ عن الله تعالى فلا مناص من وجوب اطاعته و حرمة المعصيه و جوبا شرعيا مولويا فهذه الجبهه

ص: ٣٥

أيضاً غنيه عن البيان،

أما الجهه الرابعه فالظاهر أيضا عدم الخلاف في

وجوب اطاعه اوامرهم الشخصيه

التي ترجع الى جهات شخصهم كوجوب اطاعه الولد للوالد مضافا الى الإجماع و ان لم يكن تعبديا لاستناده الى الاخبار و الايات التي تدل عليه، اما الآيه فقوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ .

إذ الظاهر منها كون كل منهم بعنوانه واجب الإطاعه و مفترض الطاعه و كون اطاعه كل منهم اطاعه لله لأمره تعالى على ذلك لا من جهه كون إطاعتهم متفرعه اطاعه الله ليكون الأمر للإرشاد و يخرج عن المولويه.

و الاستشكال هنا من جهه الآيه و غيرها من الأدله ناظره إلى وجوب الإطاعه في الجهات الراجعه إلى الإمامه دون شخصهم و شئونهم.

و فيه ان الأدله مطلقه من هذه الجهه فالتقييد بلا وجه نعم جهه الإمامه من الجهات التعليليه لا من الجهات التقييديه و ان كونهم اماما و نبيا أوجبت وجوب إطاعتهم في جميع الجهات.

و بالجمله لا شبهه في دلالة الأدله على ذلك و عدم تقييدهم بجهه الإمامه هذا و لا بأس بالاستدلال بقوله تعالى أيضا إذا قَضَى اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْرًا فَلَيْسَ لَهُمْ الْخَيْرُ إِذْ حَكَمَهُمْ (عليه السلام) و لو بما يرجع الى شخصهم من الجهات من جمله القضاء خصوصا بضميمه قوله تعالى فليس لهم الخيره.

و اما الروايات فوق حدّ الإحصاء كما ورد في وجوب إطاعتهم و في عدّه موارد من زياره الجامعه ذكر ذلك و قد استدل عليه بدليل العقل بدعوى انهم من جمله المنعمين و شكر المنعم واجب فاطاعتهم واجبه لكونها من جمله الشكر الواجب.

أقول: لا شبهه في كونهم منعما لكونهم واسطه في الإيجاد و الإفاضه

بل من أقوى المنعمين و ان شكرهم واجب و ان انعامهم من جملة إنعام الله و ان كان ضعيفه بالنسبه إلى (النعام الله تعالى) انعامهم و لكن هذا الوجوب ليس وجوبا شرعياً، بل وجوب عقلي بمعنى ان العقل يدرك حسن ذلك و قبح تركه و اما ان تركه أى شىء يستتبع أ هو يستتبع العقاب فلا، بل غايته ان يستتبع منع النعمه و أخذها من المنعمين بصيغه المفعول.

و قد قلنا فى وجوب معرفه الله ان وجوب معرفه شرعاً لا- يستفاد من الدليل إذ ليس للعقل إلا الإدراك و ان تعظيمه لانعامه حسن و لكن لا- يدل على كونه معاقباً إذا لم يشكر بل على حرمان النعمه فقط و ما يوجب العقاب و يستتبعه انما هو ترك الوجوب الشرعى و مخالفته.

و بالجملة لا يستفاد من الدليل وجوب معرفه فكيف بوجوب اطاعه الأئمه فى اوامرهم الشخصيه.

و انما قلنا بوجوب معرفه لأجل الضرر المحتمل و العقاب المحتمل و ليس هنا ذلك لقبح العقاب بلا بيان و لا يجرى ذلك فى وجوب معرفه لعدم إمكان البيان قبل معرفه و احتمال انه يعاقب بلا بيان ضعيفه و بالجملة العمده فى المقام هى الآيات و الاخبار و ربما يقّرر الدليل العقلي بوجه آخر غير مستقل و يتم بضمّ مقدمه أخرى اليه و حاصله ان الأبوه و البنوه تقتضى وجوب الطاعه على الابن فى الجملة و الإمامه تقتضى ذلك بالأولويه على الرعيه لكون الحق هنا أعظم بمراتب و هذا نظير ان يقال ان الشىء الفلانى مقدمه للشىء الفلانى فمجزّد ذلك لا يكفى فى الوجوب و يتم ذلك بضم مقدمه أخرى من ان المقدمه واجبه.

و فيه انه على تقدير تماميه ذلك كما لا- يبعد ان يكون كذلك بل ورد فى الروايه ان الرسول (صلى الله عليه و آله) سئل عن شخصى تحبني أكثر من أبيك أو تحب

أبيك أكثر مني، فقال أحبك أكثر من أبي الى ان قال تحبى أكثر من الله فقال إنما أحبك لله فاستحسنه الرسول (صلى الله عليه و آله) الآ- ان اطاعه الأب ليست بواجبه فى جميع الأمور فلا يثبت بذلك الآ وجوب الإطاعه فى الجملة، بل يمكن منع ذلك أيضا لاحتمال الخصوصيه هنا لأجل قرب الخصوصيه و من هنا لو أوجب احد إسلام شخص فلا يلزم من ذلك كونه واجب الإطاعه على المسلم مع انه أوجب حياته إلا بديه و الأب أوجب الحياه الجسديه فقط ليس الآ.

و بالجملة لا يدل هذا أيضا على كونهم (عليه السلام) واجب الإطاعه فى اوامرهم الشخصيه فالعمده هى ما عرفته من الايات و الروايات كما لا- يخفى فراجع الى مظانها، بل عقد لذلك بابا فى الوافى و فيها انه (صلى الله عليه و آله) قال ان الناس عبيد لنا بمعنى انهم عبيد فى الطاعه لا- كعبيد آخر لبيع أو يشتري فراجع، و فيها ان الأئمه مفترض الطاعه و ظاهر الفرض الوجوب المولوى لا الوجوب الإرشادى.

الجهه الثانيه فى ولايتهم التشريعيه

بمعنى كونهم وليا فى التصرف على أموال الناس و أنفسهم مستقلا، فالظاهر أيضا لا خلاف فى ولايتهم على هذا النحو و كونهم اولى بالتصرف فى أموال الناس و رقابتهم بتطبيق زوجتهم و بيع أموالهم و غير ذلك من التصرفات و يدل على ذلك قوله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ فَإِنَّ الظاهر من الأولويه الأولويه فى التصرف و كونهم وليا لهم فى ذلك لا بمعنى آخر، و قوله تعالى إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ و معنى الاولى بالتصرف ليس هو جواز تصرفهم بغير الأسباب المعده لذلك و مباشرتهم على غير النسق الذى يباشر المالك على هذا النسق، بل معناه كونهم اولى فى التصرف بالأسباب المعينه و مباشرتهم

بالأسباب التي يباشر بها الملاك بان يطلق الامام زوجه شخص ثم يزوجه بعقد النكاح اما لنفسه أو لغيره أو يتصرف في دار الغير بيوعها لشخص آخر، أو تصرفه فيها بنفسه، بل هذا ثابت بالروايات المتواتره و في خطبه حجه الوداع من كنت مولاه فهذا علي مولاه الست أولى بالمؤمنين من أنفسهم قالوا بلى، بل في صحيح الترمذى و روى عنه الجامع الصغير و فسره الذى للسيوطى في فضائل علي عليه السلام انه (عليه السلام) كان في بعض الحروب أخذوا أسارى و كانت فيهنّ جاريه حسناء فاخص بها علي عليه السلام فوقع جماعه في الوسوسه و إذا رجعوا إلى النبي (صلى الله عليه و آله) قبل ان ينزع الاولى لامه حربته مشى إلى النبي (صلى الله عليه و آله) و كان رسمهم علي المشى إليه (صلى الله عليه و آله) قبل الذهاب الى بيوتهم إذا رجعوا عن الحرب فشكى عن علي (عليه السلام) ان الجاريه كانت فينا للمسلمين فاخصّ بها علي (عليه السلام) فسكت النبي (صلى الله عليه و آله) ثم جاء الثاني كالأول، فسكت النبي (صلى الله عليه و آله) ثم جاء الثالث فغضب النبي (صلى الله عليه و آله) و قال ماذا تريدون من علي، فإنه ولي بعدى أى بعديه رتبته فانى أولى بالناس من أنفسهم يدل علي ولايه علي (عليه السلام) لجميع الناس نفسا و مالا و من هنا قال في جامع الصغير أنّ هذا أفضل منقبه لعلي عليه السلام.

و بالجمله لا شبهه في ولايتهم و استقلالهم في التصرف على أموال الناس و أنفسهم و توهم كون السيره على خلاف ذلك و ان الأئمه لم يأخذوا مال الناس بغير المعاملات المتعارفه بينهم فلا يجوز ذلك للسيره فاسد و ذلك من جهه ان غير الأمير المؤمنين عليه السلام لم يكن متمكنا من العمل بقوانين الإمامه بل كانوا تحت أستار التقيه، بل الأمير أيضا في كثير من الموارد و كان في غير موارد التقيه لم يفعل ذلك لأجل المصلحه و عدم الاحتياج الى مال الناس و الآ فلا يكشف عدم الفعل على عدم الولايه كما لا يخفى، هذا كله

ما يرجع الى المقام الأول أعنى الولاية بمعنى الاستقلال فى التصرف.

و اما الوجه الثانيه أعنى الولاية بمعنى توقّف تصرف الغير على اذن

الامام عليه السلام

فنعول تاره دَلّ الدليل على توقّف جواز التصرف للغير على اذن الامام(عليه السلام)و عدم جوازه بدونه كباب الحدود و نحوها.

و اخرى يكون هنا إطلاق يدلّ على اشتراطه باذنه كالتقصاص و التقاص و قتل النفس للحد و اجراء الحدود و التعزيرات الى غير ذلك من التصرفات فإن إطلاق أدله تلك الأمور يدل على حرمة إيذاء الغير و عدم جواز التصرف فى مال الغير و نفسه و هكذا و هكذا فنتيجه ذلك هو الاشتراط بإذن الإمام عليه السلام و عدم جواز التصرف فى أمثال ذلك إلا باذنه.

و ثالثه: يقتضى الإطلاق عدم الاشتراط كما إذا شككنا فى اشتراط صلاه الميت بإذن الإمام(عليه السلام)فان مقتضى الإطلاق هو وجوبها لكل أحد كفايه بلا اشتراط باذنه(عليه السلام)و ينفى الاشتراط بالإطلاق و لو مع التمكن منه و لا يدل على الاشتراط قوله السلطان أحق بذلك، فإنه فيما كان السلطان حاضرا وراء ان يصلّى فليس لأحد ان يمنع من ذلك حتى الوارث لكونه أحق بذلك فلا دلالة فيه ان اقامه صلاه الميت مشروطه بإذن الإمام حتى مع التمكن من ذلك.

و بالجمله لو كان هنا دليل دَلّ بصراحته على الاشتراط أو دَلّ بإطلاقه على ذلك أو على عدمه فيكون متبعا و الأجل ذلك فالتزم المصنف(ره) بإجراء أصاله عدم الاشتراط و كون ذلك مخالفا للأصل و انه يقتضى عدم الاشتراط.

و الذى ينبغى ان يقال ان كان هنا يمكن الوصول الى الامام(عليه السلام)و سؤال حكم القضيّه عنه(عليه السلام)أو عن نائبه الخاص لكون ذلك مما يسئل عنه لكونه من الأحكام الشرعيه فيها و الأ فيكون الأصل بحسب الموارد مختلفا فإنه ان كان

هنا تكليف مجمل مردد بين ان يكون واجبا منجزا أو واجبا مشروطا بإذن الإمام(عليه السلام)فمقتضى الأصل هنا عدم الوجوب لانه لا يعلم وجوبه فيدفع بالبراءة.

و ان كان الوجوب منجزا و لكن نشك في اعتبار اذنه(عليه السلام)في صحته كصلاه الميت مثلا للعلم بوجوبه على كل احد و لكن نشك في صحته بدون اذن الامام (عليه السلام)أو نائبه الخاص،فالأصل عدم الاشتراط فيكون واجبا مطلقا.

و بالجمله ليس مفاد الأصل العملى في جميع الموارد على نسق واحد، بل نتيجه في بعض الموارد هو الاشتراط و في بعض الموارد عدم الاشتراط كما لا يخفى،فما ذكر المصنف من كونه على نسق واحد ليس على واقعه.

قوله انما المهم التعرض لحكم ولايه الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين أقوله و الغرض الأقصى انما هو بيان ولايه الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين و قد عرفت ان الكلام في ولايه النبي(صلى الله عليه و آله)و أوصيائه من جهات ثلاث من حيث وجوب طاعته في الأحكام الشرعيه و تبليغها و من حيث وجوب طاعته في أوامره الشخصيه و من حيث كونه وليا في أنفس الناس و أموالهم،و الظاهر انه لم يخالف أحد في انه لا يجب اطاعه الفقيه الا فيما يرجع الى تبليغ الأحكام بالنسبه إلى مقلده،و لكل الناس لو كان اعلم و قلنا بوجوب تقليد الأعلم و اما في غير ذلك بان يكون مستقلا في التصرف في أموال الناس و كانت له الولايه على الناس بان يبيع دار زيد أو زوج بنت احد على أحد أو غير ذلك من التصرفات الماليه و النفسيه فلم يثبت له من قبل الشارع المقدس مثل ذلك نعم نسب الى بعض معاصري صاحب الجواهر انه كان يقول بالولايه العامه للفقيه و كونه مستقلا في التصرف في أموال الناس و أنفسهم و اجتمع معه في مجلس و قال صاحب الجواهر زوجتك طالق،فقال المعاصر ان كنت متيقنا باجتهادك لاجتنبت من زوجتى و كيف كان فلا دليل لنا يدل على ثبوت

الولاية المستقلة و الاستقلال فى التصرف للفقهاء الا- ما توهم من بعض الروايات منها ما دلّ على ان العلماء ورثة الأنبياء و ان الأنبياء لم يورثوا ديناراً و لا درهماً، و لكن ورثوا احاديث من احاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر بدعوى ان الولاية على أموال الناس و أنفسهم من جملة تركه الأنبياء للعلماء فكما لهم ذلك فللعلماء أيضا ذلك.

و فيه أولا ان الوارثه انما تكون فى أمور قابله للانتقال فما لا يقبل الانتقال لا تقبل الوارثه كالشجاعه و السخاوه و العداله و غيرها من الأوصاف الغريزيه و النفسيه و ثانيا لم نحرز كون الولاية من قبيل ما تقبل التوريث على ان الولاية العامه على القول بثبوتها للفقهاء انما هى مجعوله له من قبل الأئمه لا منتقله إليهم بالتوريث فلا يمكن إثباتها للفقهاء بمثل هذه الروايات و ثالثا: ان الولاية خارجه عن حدودها تخصصا و ذلك من جهه أنها ناظره إلى أن شأن الأنبياء ليس ان يجمعوا درهما و لا ديناراً و ليس همهم و حرصهم الى ذلك و جمع الأموال بل حرصهم ان يتركوا الأحاديث و صرحوا (عليهم السلام) بذلك و ان المتروك أى شىء فى بعض الروايات و قال لكن ورثوا الأحاديث و من أخذ منها فإنما أخذ بحظ وافر و ليست هى ناظره إلى ان الأنبياء لم يتركوا شيئا أصلا من الدار و الثياب، بل لا- ينافى بترك درهم و درهمين إذ ليس ذلك من قبيل الحرص بجمع المال و الأفالائمه عليهم السلام كانوا يملكون الدار و الثياب و يورثوها للورث.

و بالجملة ليست هذه الروايات ناظره إلى جهه توريث الولاية، بل هى خارجه عنها تخصصا و انما هى ناظره إلى توريث احاديث و الاخبار و من هنا ظهر ما فى الاستدلال بقوله (عليه السلام) و العلماء أمناء الله فى حلاله و حرامه فان الامانه و الاستيداع منهم لا يقتضى كونهم وليا من قبلهم فى التصرف فى

بل يمكن ان يراد من تلك الاخبار كون المراد من العلماء هم الأئمه و الأوصياء عليهم السلام لكونهم هم العلماء بالمعنى الحقيقى، فمع دلاله تلك الاخبار على كون العلماء ورثه الأنبياء عن التصرف فى أموال الناس و أنفسهم فلا دلاله فيها لكونها ثابتة للفقيه أيضا، فنعم الدليل الحاكم قوله عليه السلام نحن العلماء و شيعتنا المتعلمون، اذن فيمكن دعوى ان كلما ورد فى الروايات من ذكر العلماء فالمراد منهم الأئمه عليهم السلام إلا إذا كانت قرينه على الخلاف كما فى الروايه التى سئل الفرق فيها بين علماء هذه الأئمه و علماء اليهود و غيرها مما قامت القرينه على المراد بان العلماء هم الشيعة و الفقهاء، و أظهر من جميع من اراده الأئمه من العلماء قوله (عليه السلام) مجارى الأمور فى يد العلماء بالله فان العلماء بالله ليس غير الأئمه (عليه السلام) بل غيرهم العلماء بالحلال و الحرام من الطرق الظاهرية و مع قبول شمول العلماء بالله للفقيه أيضا فلا دلاله فيها على المدعى، إذ المراد من ذلك كون جريان الأمر به لا يكون إلا فى يد الفقيه بحيث لولاه تقف الأمر فهو لا تكون إلا فى توقف الأمر بدونها الحلال و الحرام نعم قد يكون للفقيه التصرف فى أموال الناس كالتيمم و المجنون و نحوهما و هذا غير ما نحن فيه.

و أما الروايات الداله على ان علماء أمتى كأنبيا بنى إسرائيل، و فى الفقه الرضوى بمنزله أنبياء بنى إسرائيل فهى ناظر الى وجوب تبعيه الفقهاء فى التبليغ و التنزيل من هذه الجبهه بعد القطع بأنه لم يرد التنزيل من جميع الجهات، بل فى الجهات الظاهره فهى هذه كما فى زيد كالأسد إذ هو فى شجاعته لا فى جميع الجهات حتى فى أكله الميتة مثلا و النكته فى ذلك واضح إذ أنبياء بنى إسرائيل لم يكن كلهم نبيا لجميع الناس و رسولا عاما

بل كان بعضهم نبي بلده و بعضهم نبي محلته و بعضهم نبي مملكه نظيرهم في ذلك العلماء و انه يجب لكل قوم ان يتبع عالمه كما كان الواجب لبنى إسرائيل أن يتبعوا نبيهم في التبليغ و يمكن ان يكون التنزيل في الشرافه و الثواب و الأجر و انهم مثلهم و هذا أمر واضح لو لاحظت التعليم و التعلّمات العرفيه لجزمت بذلك مثلا فتلميذ المدرسه الثانيه لعلو المدرسه أعلم من معلم المدرسه الابتدائيه و هكذا فالفقهاء و ان كانوا فقهاء و تلامذته المدرسه المحمديه مثل معلم الأمه السابقه من الأنبياء لعلو هذه المدرسه، بل بعضهم أفضل من بعض هؤلاء الأنبياء و بالجمله و التنزيل في هذه الروايه من هذه الجبهه و هذا هو الظاهر.

و اما قوله (صلى الله عليه و آله) اللهم ارحم خلفائي، قيل و من خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، فإن الظاهر من ذلك خليفتهم في نقل الروايه و الحديث كما قال (صلى الله عليه و آله) و يروون حديثي و سنتي لا ان المراد من الخلافه، الخلافه في التصرف في أموال الناس و أنفسهم فهي أيضا خارجه عن المقام و الحاصل: ليست في شيء من هذه الروايات دلالة على كون الفقيه مستقلا في التصرف في أموال الناس و ان كان له ذلك في بعض الموارد، كالطفل و نحوه، و لكنه انما ثبت له بأدله أخرى كما لا يخفى فافهم، و انه ليسوا ممن يجب إطاعتهم في أوامره الشخصيه.

و أما ما ذكره المصنف من قوله (عليه السلام) في النهج البلاغه أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جائوا ان أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه، إذ الظاهر من ذلك شموله بالولاية و استقلالهم في التصرف في أموال الناس و أنفسهم.

فالظاهر كونها أجنبيه عن المقام إذ الأولويه لا تقتضى الولايه و ثبوت ما للمتبع بأجمعه للتابع.

و كذلك لا- دلالة في قوله عجل الله تعالى فرجه هم حجتي عليكم و انا حجه الله، إذ الظاهر من الحجية هي الحجية في الاحكام، و اما الولاية في التصرف فلا معنى للحجيه في ذلك، فلا ملازمه بين الحجيه و الولاية بوجه.

و أما المقبوله قال فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين من أصحابنا تنازعا في دين أو ميراث، فتحاكما الى السلطان أو الى القاضى أ يحل ذلك الى أن قال قد جعلته عليكم حاكما و فى ذيله ينظر من كان منكم قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فيرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما، إلخ.

و قد استدل بها شيخنا الأستاذ على المدعى و كون الفقيه وليا فى الأمور العامه بدعوى ان الظاهر من الحكومه هي الولاية العامه، فإن الحاكم هو الذى يحكم بين الناس بالسيف و السوط و ليس ذلك شأن القاضى و قد كان ذلك متعارف فى الزمان السابق و ان كان قد اتفق الاتحاد فى بعض الأزمنه بل الظاهر من صدرها هو كون القاضى مقابلا للسلطان و قد قرر الامام (عليه السلام) ذلك.

و فيه ان ما كان متعارفا فى الأزمنه السابقه، بل فيما يقرب الى زماننا هو تغاير الوالى و القاضى و ان القاضى من كان يصدر منه الحكم و الوالى هو المجرى لذلك الحكم، و اما القاضى و الحاكم فهما متحدان و من هنا قال (عليه السلام) فى بعض الروايات جعلته عليكم قاضيا، و يدل على اتحادهما بما فى ذيل الروايه من قوله (عليه السلام) فانى قد جعلته حاكما، إذ لو كان القاضى غير الحاكم لم يقل انى قد جعلته حاكما، مع كون المذكور فى صدر الروايه لفظ القاضى، و العجب منه (ره) حيث أيد مدعاه بكون القاضى مقابلا للسلطان فى صدر

الروايه مع انه ليس كك، إذ المذكور في الصدر انه تحاكما الى السلطان أو القاضى و من البديهي ان السلطان غير القاضى و الحاكم و ان المرافعات قد ترفع إلى القاضى و قد ترفع الى السلطان. ولأجل ذلك ذكر في صدر الروايه السلطان و القاضى.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه انه ليس للفقيه ولايه على أموال الناس و أنفسهم على الوجه الأول، بمعنى استقلاله فى التصرف فيهما، و من هنا اتضح انه ليس له إجبار الناس على جبايه الخمس و الزكاه و سائر الحقوق الواجبه كما هو واضح.

و اما ولايته على الوجه الثانى بمعنى اعتبار نظره فى جواز التصرفات فيما كان منوطا بإذن الإمام(عليه السلام) و ان تصرّفات الغير بدون اذنه غير جائز.

و قد استدل المصنف على ذلك و ولايته على هذا الوجه بالروايات المتقدمه و قد عرفت جوابها و ما أريد منها.

و استدل عليه أيضا بالتوقيع المروى فى إكمال الدين و احتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التى ذكر إنى سألت العمرى أن يوصل لى إلى الصاحب(عج) كتابا يذكر فيه تلك المسائل التى قد أشكلت علىّ فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام فى أجوبتها و فيها: و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فإنهم حجّتى عليكم و انا حجّته الله، و هذه الروايه و ان كان مسبوqa و ملحوقا بجملات لم تذكر، و لكن ظاهرها عدم ارتباطها بسابقها و لاحقها بوجه و كيف استدل المصنف بذلك على ولايه الفقيه على الوجه الثانى بقرائن فيها تدلّ على ذلك و بعد اراده خصوص المسائل الشرعيه فيها ان الروايه داله على إرجاع نفس الحادّته إليه(عليه السلام) لىياشّر أمرها مباشره أو استتابه لا الرجوع فى حكمها اليه.

و فيه أنه لو كان المراد بالروايه هو ذلك لقال (عليه السلام) فارجعوها الى رواه حديثنا و لم يقل فارجعوا فيها و من الظاهر ان الظاهر من الموجود فى الروايه أعنى هو الثانى، ليس الآ- الرجوع إليهم فى الحكم، فان المناسب للرجوع إليه فى الشىء ليس الآ الرجوع إليه فى حكمه بل هذا هو المناسب للرجوع إلى الرواه فإنهم لا يدرون الآ حكم الواقعه و اما اعتبار إذنههم فى التصرف فلا.

و منها التعليل بكونهم حجّتى عليكم و انا حجه الله، فإنه إنما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هذا منصب و لاه الامام من قبل نفسه لا انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام و الآ كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم أمناء الله على الحلال و الحرام.

و بالجمله لو كان المراد من ذلك هو ما يكون راجعا الى الحكم لقال (عليه السلام) انهم حجج الله لكون الحكم له و لكن لم يكنى كك، بل النصب فى جهه ترجع الى نفس الإمام فهى الولاية.

و فيه ما عرفت سابقا من ان الحجية تناسب تبليغ الأحكام الشرعية كما فى قوله تعالى فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ و اما الولاية فلا ملازمه بينها و بين الحجية و عدم نسبه حجيتهم الى الله من جهه ان الأئمة واسطه فى ذلك لعدم وصول الحكم من الله الى العباد بلا واسطه و ان ما يفعلون انما يفعلونه بحكم الله تعالى فيكون ما يكون حجّجه من قبلهم حجه من قبل الله فلا يكون فى هذه أيضا قرينه على المدعى.

و منها ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف الى الخلف مما لم يكن يخفى على أحد فضلا

على مثل إسحاق بن يعقوب حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامه إلى رأى أحد ونظره، فإنه يحتمل أن يكون الامام قد وكله في غيبته الى شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزمان و الحاصل ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتهه حكمه و لا بالمنازعات.

و فيه ان الظاهر من الحوادث هي الفروع المتجدده التي ارجع الامام فيها الى رواه كما يقتضى ذلك الإرجاع إلى الرواه فإن بعض الفروع قد تكون متجدده و مستحدثه صرفه فهي من المهام المسائل التي لا بدّ و ان يسئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك و مثل هذه الفروع ليس من شؤونها جهه نقص من كل شخص، و لذا سئل إسحاق بن يعقوب و ان كان من أجيال العلماء بواسطه محمد بن عثمان العمري الذي هو من السفراء الامام عن الحوادث التي هي متجدده، فأجاب بإرجاعه إلى السفراء و العلماء.

و بالجمله ان الحوادث المتجدده و الفروع المستحدثه مما يشكل الأمر فيها، فلا بداهه في لزوم السؤال عنها عن الامام عليه السلام ليكون السؤال عنه لغوا كما هو واضح، فافهم.

و بعبارة اخرى انه ليس كل مسأله فرعيه تقضى البداهه لزوم الرجوع فيها الى الامام في زمانه و الى الفقهاء في زمان الغيبه، بل منها الفروع المستحدثه التي يشك في ان المرجع فيها من هو، فلذا يسأل الراوى عن حكم ذلك في زمان غيبه الكبرى، إذ في زمان غيبه الصغرى يسئل عن نفس الامام بواسطه السفراء و اما في زمان غيبه الكبرى فلا، و لذا ارجع الإمام في ذلك الزمان الى الفقهاء بالنيابه العامه و انهم و ان لم تصل إليهم في روايه و لكن يصلون الى حكمها و لو من الأصول و ذلك ككثير من الفروع المتجدده في زماننا منها اللقاح بواسطه التلقيح و ان الولد بمن يلحق و ممن يرث

وقد استدل على ذلك بان السلطان ولى ما لا ولى له، وفيه ان هذا لم يثبت من طرقنا كونه روايه أو قاعده مسلمه كبعض القواعد الفقيهيه، واما من طرق العامه فعلى تقدير ثبوته فلم ينجبر ضعفها بعمل المشهور و على تقدير الانجبار فلا دلالة فيه على المقصود إذ المراد بذلك ان السلطان أولى بالتصرف من غيره، وانه ولى من لا- ولى له فى التصرف فى ماله و نفسه و هذا غير مربوط بولاية الفقيه، بوجه اذن فلا دلالة فى شىء من الروايات على ولاية الفقيه بوجه من الوجهين من معنى الولاية.

و ربما يستدل على ثبوت الولاية للفقيه بوجهين بتقريبين آخرين الأوّل ان الولاية فى الأمور العامه بحسب الكبرى ثابتة عند العامه بالسيره القطعيه و ان اشتبهوا فى صغرى ذلك و تطبيقها على غير صغرياتنا الآن ذلك لا يضرّ بقطعيه الكبرى الثابته بالسيره.

و اما الصغرى فهى ثابتة بالعلم الوجدانى إذ بعد ثبوت الكبرى، فالأمر يدور بين تصدى غير الفقيه على التصرف فى الأمور العامه و بين تصدى الفقيه بذلك فيكون مقدا على غيره.

و بالجملة نثبت الكبرى بالسيره القطعيه و الصغرى بالعلم الوجدانى.

و فيه ان اشتباههم فى الصغرى و ان كان مسلما و لكن نحتمل ان يكون ذلك فى الكبرى أيضا كسائر مبتدعاتهم فى الدين فلم تقم سيره قطعيه متصله إلى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) على ذلك، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك فإنه لا بدّ من دليل قطعى يدل على جواز التصرف فى أموال الناس و اعراضهم و أنفسهم.

و التقريب الثانى ما عن بعض المعاصرين ان يقال ان ما هو مسلم عند العامه من القول بالولاية العامه المذكور بحسب الكبرى فى التوقيع الشريف

فان المذكور فيه انه تحاكما الى السلطان أو القاضى فهو بصراحته يدل على ذلك فنحكم بثبوت تلك الكبرى للفقير الجامع للشرائط فى زمان الغيبه، إذ لا نحتمل ان يكون غيره وليا فى ذلك فى عرضه، بل لو كان فهو ولى لذلك.

و فيه انه لا يمكن المساعده الى ما ذهب اليه هذا المعاصر فإنه و ان ذكر السلطان و القاضى فى الروايه و ذكر الامام عليه السلام بان من عرف حلالنا و حرامنا أنى جعلته قاضيا فى روايه ابن خديجه و جعلته حاكما فى المقبوله، و لكنى الذى أرجع الإمام إليه ليس إلا فى المرافعه و المنازعه كما قال فى الصدر تنازعا فى دين أو ميراث الى السلطان أو القاضى و اما أزيد من ذلك فلا اذن فالمسلّم من الروايه هو ثبوت الولاية له فى المنازعات و المرافعات و منصب القضاوه و ثبت له منصب التقليد و كونه مرجعا فى الأحكام بالأدله الخارجيه و اما فى غير هذين الموردین فلا.

هذا كله بحسب الروايات.

و أمّا بحسب الأصل: فقد تقدم سابقا ان بعض الأمور لا يجوز لغير الفقيه ان يتصدى اليه و يتصرف فيه إلا باذنه و لعل من هذا القبيل باب الحدود و التعزيرات إذ لا يجوز لأحد ان يظلم أحدا إلا فيما ثبت جوازه بدليل فلا شبهه فى كون الحدود من أعظم مصاديق الظلم لولا تجويز الشارع، نعم لو كان فى باب الحدود و التعزيرات و كذلك فى باب الأموال و أمثال ذلك مما فيه حق للغير إطلاق ما دلّ على جواز أمثال ذلك من كل أحد فتمسك به فنحكم بجواز تصدى غير الفقيه أيضا بذلك و لكن ليس الأمر كذلك.

نعم يمكن دعوى الإطلاق فى مثل الزنا لقوله تعالى *الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ* و لكنه قيد بالروايات.

و بالجمله فى أمثال الموارد لا يجوز لغير الامام و نائبه أن يتصدى

بالتصرف إلا بإذنه إذ قد ثبت بالأدلة القاطعه عدم جواز التصرف فى أموال الناس و أنفسهم و اعراضهم بلا اذن و رضائه من المالك للتصرف.

و إذا شككنا فى اعتبار اذن الامام عليه أو الفقيه فى صحه شىء لا فى وجوبه كصلاه الميت إذ هو واجب لكل مكلف فلا نشك ان يكون اذن الفقيه من شرائط الوجوب فندفع ذلك بالإطلاق ان كان هنا إطلاق و بأصالة البراءه لو لم يكن فى البين إطلاق فتثبت نتيجة الإطلاق.

و ان كان وجوب شىء كصلاه الجمعه مثلا مشروطا باذن الفقيه كما ذهب بعض الى ذلك و ان صلاه الجمعه لا تكون واجبه عينيه إلا بإذن الفقيه و شككنا فى ذلك فمع عدم الدليل ندفع وجوب ذلك بالأصل، بل لا يجب الاستئذان أيضا لأن تحصيل شرط الواجب ليس من الواجبات و انما الواجب هو إتيان الواجب بعد تحقق موضوعه و شرائطه بأجمعها.

و ان كان الشك فى جواز التصرف بدون اذن الفقيه من غير أن يكون هنا احتمال الوجوب كالتصرف فى الأوقاف العامه فلا يجوز التصرف فيه و لا- يشرع إلا بإذن الفقيه إذ من المسلم الضرورى أنه لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون إذنه ففى مثل الأوقاف دار الأمر بين جواز التصرف مطلقا و بدون إذن أحد فى ذلك.

و بين جوازه باذن الفقيه فلا شبهه أن المتيقن هو صورته الاذن من الفقيه فيكفى فى عدم جواز غير هذه الصوره مجرد الشك فى الجواز إذ المورد مورد التصرف فى الأموال و من هذا القبيل اشتراط اذن الفقيه فى صرف مال الامام عليه السلام فى موارد إذ من الضرورى بطلان احتمال دفن ذلك مع وجود المستحقين و الموارد المحتاجه إليه خصوصا فى مثل القرايطيس و كك إلقائه فى البحر فان ذلك ليس إلا مثل الإحراق و الإتلاف و كك الإيضاء الى ان

يصل الى الامام عليه السلام فإنه بعد تبدل يد أو يدين يكون تالفا مثل الإلقاء في البحر اذن فنقطع برضاء الامام عليه السلام في صرفه في مصالح الدين فاهمها في تحصيل العلوم.

و عليه فيدور الأمر بين ان يتصرف في ذلك المال كل احد بدون رضائه الفقيه و بين ان يتصرف باذن الفقيه فالمتيقن هو جواز التصرف باذن الفقيه اذن فالنتيجة ثبوت ولاية الفقيه على مال الامام (عليه السلام) على الوجه الثاني، أى بمعنى أشرط التصرف باذنه.

و ان اجتمع الأمران بأن كان وجوب شيء و جواز التصرف فيه مشروطا باذن الفقيه كالأموال الحسينيه من التصرف في أموال القاصرين و المجانين و مجهول المالک و أموال الصغار و غير ذلك فهنا أيضا بالنسبه إلى الوجوب نجرى الأصل البرائيه، بل ليس تحصيل الإذن أيضا من الواجبات لعدم وجوب تحصيل شرط الوجوب و بالنسبه إلى جواز التصرف نحكم بعدم جوازه بدون اذن الفقيه لأن المقدار المتيقن هو التصرف باذن الفقيه كما عرفت في مثل الأوقاف.

فتحصّل انه ليس للفقيه ولاية بكلال- الوجهين على أموال الناس و أنفسهم فليس له ان يروج بنتا صغيره لابن صغير أو كبير و لا تزويج ابن صغير و لا يجوز له بيع داره و هكذا و هكذا إلا ان يكون الصغير بدون ذلك في معرض التلف فيدخل تحت الأمور الحسينيه.

نعم، لو الولاية في بعض الموارد لكن لا بدليل لفظي، بل بمقتضى الأصل العملي كما عرفت.

ثم ان ثمره ثبوت الولاية بالأصل أو بالدليل هو انه إذا كان شيء واجبا و شك في كون صحته مشروطا باذن الفقيه فبناء على ثبوت ولايته

بالدليل لا يجوز لغيره ان يمثّل بدون اذنه لعموم الدليل عليه لكونه مثلا من الحوادث الواقعة فلا بدّ فيه و أن يرجع الى الفقيه أو يتصدى به باذنه و ذلك كصلاه الميت إذا شك في اعتبار اذن الفقيه فيه.

و ان كان ثابتا بمقتضى الأصل فلا بدّ ان ينفي احتمال اعتبار اذنه بأصل البراءة.

و أما في الأمور الأخر التي نشك في أصل وجوبها بدون اذن الفقيه أو في مشروعيّتها أو في كليهما كما تقدم فلا يفرق الحال فيها بين ما كان ولايه الفقيه ثابتة بدليل أو بأصل، بل في كلا الفرعين لا يجوز التصرف في الأوقاف و سهم الامام عليه السلام و أموال الصغار حسبه إلاّ بإذن الفقيه سواء كان ولايه الفقيه ثابتة بالأصل أو بالدليل.

في ولاية عدول المؤمنين

قوله:مسألة:في ولاية العدول المؤمنين.

أقول:إذا قلنا بولاية الفقيه و أمكنت الإجازة منه في الموارد التي لا يجوز لغيره التصرف فيها إلاّ بإذنه أو لم يمكن الاستيذان منه لعدم الوصول اليه و ان كان موجودا فحال غير الفقيه هنا حال الفقيه مع الإمام في صورتى الاستيذان و عدمه أما في فرض إمكان تحصيل الاذن منه فلا- كلام فيه فلا- بد من تحصيله منه و أما في فرض عدم إمكان الوصول اليه فيقع الكلام هنا في جهتين:الأولى:

في جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها

بالعدل الإمامي و بيان وظيفته في نفسه

،الثانى:في بيان وظيفه من عامل مع هذا الولي فهل يكون مالكا لما اشتراه أم لا؟ أما الكلام في الجهة الأولى:

فمقتضى الأصل

بالنسبة إلى الأمور التي

واجبه مطلقه و لكن يشك في اعتبار اذن الفقيه في صحته كصلاه الميت، فلا- إشكال في صحه من أحد و لو من الفساق من المؤمنين و لا يجب تحصيل الاذن من عدول المؤمنين و لو في فرض التمكن من التحصيل.

و اما في الأمور التي يشك في أصل وجوبها إلا بإذن الفقيه كالتكاليف التي نحتمل ان يكون أصل وجوبها مشروطا به أو مطلقا فتجرى فيها البراءة فيحكم بعدم الوجوب.

و أما فيما كان الشك في أصل المشروعيه فلا- يجوز لأحد أن يتصرف في ذلك لا- وضعا و لا- تكليفا إلا- بإذن عدول المؤمنين، مثلا لو مات أحد و ترك أموالا و أولادا صغارا فأحتاج الى بيع تلك الأموال من اثمار و نحوها مما تتلف ليومه أو في يومين فجواز هذا التصرف بالوضع مع إمكان الفقيه يحتاج الى اذنه فبدونه يتصرف فيه عدول المؤمنين أو غيرهم باذن منهم، و اما بدون إذنهم فلا يجوز و كك التصرف التكليفي كحفظ دراهمه و أمواله المحتاجه إلى الحفظ من دون احتياج الى التصرف الوضعي أو كان محتاجا بكلا التصرفين، بان يبيع و يحفظ لثمنه ففي جميع ذلك لا يجوز لغير العدول أن يتصد بذلك بدون اذن منهم.

و الوجه في ذلك هو ما تقدم في ولاية الفقيه من أنه ثبت بالأدله القاطعه عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه مع احتياج ذلك المال الى التصرف فدار الأمر بين الأعم و الأخص بأن يتصرف فيه كل شخص أعم من الفاسق و العادل أو خصوص العادل و غيره باذنه فالمتيقن هو الثاني فيكفي مجرد الشك في عدم جواز تصرف غيره وضعا و تكليفا لإطباق الأدله على عدم جواز فالخارج منها قطعا هي صورته الاذن من العدول أو تصديهم بنفسهم

على التصرف و من هذا القبيل الأوقاف العامه و سهم الامام عليه السلام من الخمس على التقريب الذى تقدم.

و قد مثل المصنف بما كان أصل مشروعته مشكوكا ببعض مراتب النهى عن المنكر كما إذا وصل الى حد الجرح فإنه لا يجوز ذلك بمقتضى الأصل، لكونه ظلما و إيلا ما فهو غير جائز بالأدله الخاصه فلا إطلاق لأدله النهى عن المنكر حتى يتمسك بها لإثبات مشرعيه ذلك إلا- إذا كان منجر الى حد يخاف من اضمحلال الإسلام فهو كلام آخر، و التمسك فى ذلك بان كل معروف صدقه و اضع الفساد إذ الكبرى و ان كانت مسلّمه و انما الكلام فى الصغرى و إثبات ان هذه المرتبه من النهى عن المنكر من المعروف الصدقه و ليس كك.

و هكذا الكلام إذا كان الشك فى أصل المطلوبيه و المشروعيه إلا ياذن الفقيه أو بالإطلاق فبالنسبه إلى المطلوبيه تجرى البراءه و بالنسبه إلى المشروعيه تجرى أصاله عدم المشروعيه.

و بالجمله فحال غير الفقيه من عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه حال الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام عليه السلام بلا زياده و نقيصه، كما أن هذه النسبه محفوظه بالنسبه الى ما دون العدول مع تعذرهم بحفظ الاحتياط بأخذ المتيقن من كل مرتبه، فافهم.

و حاصل الكلام: إذا قلنا بثبوت الولاية للفقيه و أمكن الوصول اليه فلا بد من الاذن منه.

و ان تعذر الوصول إليه و كان موجودا فى بلاد لا يمكن الاستيذان منه و لو بالمكاتبه فح فهل يجوز لكل احد ان يتصرف فيما تصرف فيه الفقيه، و لو كان عاما فاسقا أو تصل النوبه إلى عدول المؤمنين الظاهر انه لا يجوز لأحد

أن يتصرف فيما تصرف فيه الفقيه بعد تعذر الوصول إليه إلا بإذن من عدول المؤمنين لا وضعا و لا تكليفا إذ قد يكون الاحتياج الى التصرف الوضعي كما إذا مات احد و ترك ثمارا له فإنه لو لم يبع لكان فاسدا فحفظا لمال الصغير لا بد من بيعها.

و أخرى يكون الاحتياج الى التصرف التكليفي كحفظ دراهم الغير و أخرى إلى كلا الأمرين.

ثم قد يكون شيء مفروض المطلوبه للشارع غير مضاف الى أحد و اعتبار نظائره الفقيه فيه ساقط له بفرض التعذر و كونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط فيكون اذن الفقيه ساقطا بلا شبهه إذ نشك في اعتباره مطلقا أو في حال الاختيار فنتمسك بإطلاق الواجب فنُدفع اعتبار الشرط و هذا كصلاه الميت، بل في مثل ذلك لا يجب الاستيذان من عدول المؤمنين و لو مع التمكن فيصديه كل من تصدى به و لو كان فاسقا إماميا.

و أخرى يكون الأمر مرددا بين أن يكون واجبا باذن الفقيه أو واجبا مطلقا، ففي هنا نجرى البراءة عن أصل الوجوب.

و قد يكون الشك في أصل مشروعيه شيء بدون اذن الفقيه كبعض مراتب النهي عن المنكر على مثله في المتن فان كان هنا إطلاق لأدله النهي عن المنكر يكون متبعا و يدفع به احتمال دخاله إذن الفقيه فيه و ان لم يكن فيه إطلاق فمقتضى الأصل عدم الجواز لكونه تصرفا في نفس الغير و ظلما و يلاما له فهو لا يجوز.

و ان كان الاحتياج الى التصرف مما لا بد منه مع كون الشك في أصل مشروعيه التصرف بدون اذن الفقيه كالتصرف في الأوقاف العامه و سهم

الامام عليه السلام على النحو الذى تقدم و تعذر الوصول الى الفقيه، فح يدور الأمر بين التصرف المطلق و بين التصرف مع الاذن من العدول المؤمنين فحيث ان التصرف مالى فلا يجوز بغير إذن أهله فالمتيقن من ذلك هو التصرف باذن العدول و ان كان الشك فى أصل المشروعيه مع احتمال كونه واجبا تكليفا باذن الفقيه أو مطلقا كالتصرف فى أموال الصغار حسبه بالنسبه إلى الوجوب تجرى البراءه و بالنسبه إلى أصل التصرف الوضعى يستأذن من العدول لكونه هو المتيقن و هكذا فى التصرف التكليفى كحفظ ماله مثلا.

و بالجمله مكان عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه مكان الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام (عليه السلام) بمقتضى الأصل و مفاد يختلف كما عرفت بحسب الموارد.

هذا كله ما تقتضيه الأصل

و لكن قد ادعى ثبوت الولايه لعدول المؤمنين

مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات

فلا بدّ من قراءه الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك.

منها صحيحه محمد بن إسماعيل

رجل مات من أصحابنا بغير وصيّه، فرفع أمره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان رجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ إذ لم يكن الميت صير اليه وصيّه و كان قيامه بهذا بأمر القاضى لأنهنّ فروج، قال فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام و قلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى الى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا- منّا لبيعهن، أو قال يقوم بذلك رجل فضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك، قال: إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس الخير.

و محل الكلام هنا جهه المماثله و انها فى أى شىء فجعل المصنف

مورد الاحتمال فيها أربعه اما المماثله فى التشيع أو فى الوثاقه فى ملاحظه مصلحه اليتيم و ان لم يكن شيعيا أو فى الفقاهه بأن يكون من نواب الامام عليه السلام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العدالة.

و أبعد المصنف الاحتمال الثالث و تبعه شيخنا الأستاذ بدعوى انه لو كان المراد بها المماثله فى الفقاهه لكان مفهوم الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها ففيه الباس و هذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التى لا تسقط بتعذر اذن الفقيه فيدور الأمر بين الاحتمالين الأخيرين و النسبه بين الوثاقه و العدالة و ان كان عموما من وجه الا انه لا شبهه ان العدل أيضا لا بدّ من ان يتصرف فيما هو مصلحه اليتيم، فالعدالة فى هذا الباب هى الأخص من الوثاقه و فى الدوران بين الخاص و العام الخاص هو المتيقن و اذن فلا بدّ و ان يكون المتصدى عادلا و المماثله تحمل على هذا.

و يرد عليه ان الإطلاق يكون متبعا إذا شك فى تعيين المراد، فيكون بمقتضى ظهور الكلام متعينا و اما إذا كان المراد معلوما بالعلم الخارجى فكان الشك فى كيفية المراد فلا يمكن إثبات ذلك بأصالة عدم التقييد، كما فى المقام.

و بعبارة أخرى قد حققنا فى المفاهيم و فى غيرها ان إطلاق المفهوم كسائر الإطلاقات من الحجج الشرعيه و متبع بالنسبه إلى تعيين المراد من المتكلم فالعلم بعدم إرادته الإطلاق من الخارج لا يضرّ بالإطلاق و لا يوجب عدم وجوده فى المقام و ان كان ثبوت الولايه لغير الفقيه عند تعذر الوصول اليه مسلما و لكنه بالعلم الخارجى فهو لا يضرّ بثبوت المفهوم على الإطلاق و انه إذا لم يكن فقيه لا يجوز القيام بأمر الصغير كما هو واضح.

على انه ينتقض بجعل المماثلة فى العدالة أيضا إذ لا شبهه فى ثبوت الولايه لغير العادل عند تعذر العدول و تعذر تحصيل الاذن منه، فالإشكال المذكور من هذا الوجه مشترك.

و الانصاف أن كل من المحتملات قابل الإبراده اذن فتكون الروايه مجمله فالمتيقن من المماثله هو اجتماع جميع الجهات فى الولي للصغير فلا تكون الروايه شاهده لما نحن فيه، فافهم.

و حاصل الكلام: انه استدل على ولايه عدول المؤمنين مع الوصول الى الفقيه بروايات.

منها: صحيحه محمد بن إسماعيل

المذكوره و قد عرفت ان المحتملات فيها أربعة المماثله فى التشيع و المماثله فى الفقاهه و المماثله فى العدالة و المماثله فى الوثاقه، و قد عرفت ان الشيخ و شيخنا الأستاذ قد اشكلا فى إرادته الفقاهه من المماثله للعلم بولايه عدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه مع ان مفهوم ذلك ينفى وصول النوبه إليهم لكونه انه إذا لم يكن القيم فقيها فلا يجوز، فإطلاقه ينفى جواز ولايه عدول المؤمنين أمكن الوصول الى الفقيه أو لم يمكن فاعتبر العدالة فيه فى صورته التعذر إذ لم يكن القاضى المذكور فى الروايه فقيها و لا عادلا و لا شيعيا حتى يتوهم انه لم يكن الوصول الى الفقيه متعذرا.

فنقول: اما احتمال التماثل فى التشيع فبعيد جدا إذ الظاهر من الروايه ان الشيعيه مفروض الوجود و مفروغ عنه، و انما السؤال من جهه أخرى و ان نصب القاضى يجوز التصرف للقيم أم لا؟ مع عدم كون القاضى شيعيا و لا فقيها فى مذهبنا و لا عادلا، بل و لا ثقته على الظاهر و لو مع الشك.

و ذلك لان فرض السائل كون الرجل من أصحابنا و جعل القاضى العبد

الحميد فيما مع جريان العاده بجعل القيم من الأصدقاء و من المقربين المطلعين على خصوصيات أحوال الميت يساعد كونه شيعيًا.

و أما ما أورد المصنف و الأستاذ بإرادته المماثلة فى الفقاهه ففیه أولا النقض بإرادته المماثلة فى العداله إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضا للعلم بوصول النوبه إلى المؤمنین الفاسقین مع تعذر العدل منهم العیاذ بالله مع أنّ المفهوم ینتفی جواز تولیتهم على ذلك.

و ثانيا: انه قد حقق فى المفاهیم و غيرها ان أصاله عدم التقييد و ظهور الإطلاق انما يتبع فيما إذا كان الشك فى أصل المراد فمقتضى ظهور الكلام و إطلاقه نستكشف مراد المتكلم و ينتج به له و عليه و هذا بخلاف ما لو علم المراد من الخارج و كان الشك فى كیفیه المراد فح لا يمكن التمسك بأصاله عدم التقييد ففى المقام قد علم المراد من الخارج بأنه مع تعذر الفقيه تصل النوبه إلى العدول من المؤمنین فى الولایه على الصغار، و كان الشك فى كیفیه ذلك المراد من المفهوم فلا يجوز، ح التمسك بأصاله عدم التقييد لإطلاق مفهوم فى بیان كیفیه المراد حتى يتوهم ان إطلاق المفهوم ینفى وصول النوبه إلى المؤمنین العادلین فليس المورد مورد للتمسك بأصاله عدم التقييد أصلا، كما هو واضح، اذن فلا مجال لإشكال المصنف إذ هو مفروض التمسك بأصاله عدم التقييد و قد عرفت عدم وصول النوبه إليها.

و التحقيق ان الظاهر إرادته المماثلة من الروایه من جميع الجهات حتى فى العربیه و الكوفیه و لكن نرفع اليد عن ذلك فى الأمور التى نقطع بعدم مدخلیتها فى الحكم بنحو كالعربیه و الكوفیه و نحوهما و يبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلما نشك فى خروجه و دخوله من جهة مدخليته و عدمه

و انما الخارج ما نعلم بعدم دخالته فى الحكم، اذن فلا وجه لاعتبار العدالة فقط من جهة أخذ القدر المتيقن.

و عليه فلا بدّ من اعتبار الفقاهه و الوثاقه و العدالة و جميع الخصوصيات للمحسنه التى نحتمل دخالتها فى الحكم فى الولاية المجموله فى الروايه فافهم.

نعم، ربما يقال ان عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين أحدهما ثقه لم تثبت فقاوته، و هو ابن سالم، و الآخر فقيه و لم يثبت وثاقته و هو ابن سعيد، فح تكون الروايه مجمله من حيث اعتبار الفقاهه و لكن الظاهر ان المراد منه هو عبد الحميد ابن سالم كما صرح به فى الروايه حيث قال و جعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما فى التهذيب فى باب الزيادة من الوصيه و أن توثيقه لم ينحصر بهذه الروايه، بل ظاهر عباره النجاشى فى ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع إثبات كتاب له فىكون فقيها فلاحظ، بل يكفى فى اعتبار المماثله مجرّد الاحتمال فى كونه فقيها فإنهم على انه لا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه لتوهم ورودها فى خصوص عدول المؤمنين إذ محل كلامنا فى ولاية عدول المؤمنين و اعتبار العدالة فيهم بعد تعذر الوصول الى الفقيه و لكن مقتضى الروايه بحسب الإطلاق ساكت عن صورته التعذر بالوصول اليه عن صورته الوصول بالإمام عليه السلام لإمكانه أيضا لهم و ان كان بعد أيام فإن الظاهر ان بيع جميع مال الصغار لم يكن ضروريا حتى لا يمكن الرجوع اليه (عليه السلام) كما ترك بيع الجوارى حتى سئل عن الامام (عليه السلام).

نعم، بإطلاقها تدل على اعتبار العدالة فى صورته التعذر أيضا، بل بالأولويه و لكن هذا غير ورودها فى خصوص صورته التعذر و اعتبار العدالة فى المؤمنين إذا كانوا وليا، بل مع قطع نظر عن الشبهه المذكوره فلا بد من

اعتبار الفقاهه أيضا بمقتضى المماثلة كما عرفت، وبالجملة لا نفهم من الروايه ما يوجب اعتبار العدالة فى الولى بعد تعذر الوصول الى الفقيه.

و منها موثقه سماعه

فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه و له خدم و مماليك كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك، قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس، و استفاد المصنف من ذلك اعتبار الوثاقه فيه و ان لم يكن فيه ملكه العدالة و حمل على ذلك روايه محمد بن إسماعيل المتقدمه إذ كان اعتبار العدالة فى الولى المؤمن اعتماده عليها من جهه الأخذ بالقدر المتيقن فهذه الروايه يبين المراد و كون المناط هى الوثاقه و ان لم يكن عدلا و لا إماميا.

و لكن الظاهر ان المراد من الثقه بالروايه غير ما فهمه المصنف إذا المعنى الذى ذكره ناشئ من الارتكاز بما ذكره أهل الرجال من معنى الوثاقه و الألوثقاقه فى الروايات ليس هى العدالة، بل أخص منها إذ ربما يكون العادل غير ثقه فى فعله لعدم التفاته بمزايا التصرف لبله و نحوه، و قد ورد فى بعض الروايات الداله على اعتبار العدالة فى إمام الجماعة بأنه إذا كان ثقه ترضون دينه و فى بعض الروايات ان فلانا ثقه فى دينه و دنياه، و هذه الروايه أيضا ساكته عن صورته التعذر من الفقيه بل من الامام أيضا

و

منها صحيحه إسماعيل بن سعد

فإنها تدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة حيث قال عليه السلام إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك فهى أيضا أعم من صورته التعذر من الوصول الى الفقيه، بل الى الامام، و عدمه فيعتبر نفس العدالة فى ذلك.

و الظاهر ان الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولايه عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعه و لو مع التمكن الاذن من الامام أو الفقيه،

ص: ٦٢

إذ العاده جاريه بعدم التمكن فى جميع النقاط حتى القرى، واما فى غير التصرف فى مال اليتيم بالبيع فلا حتى الشرى لهم و لو كان مصلحه و هذه المدعى فى غايه الوضوح خصوصا على الشبهه المذكوره فى عدم اعتبار الفقاهه من جهه المماثله فلا دلالة فيها على اعتبار العدالة فى الولى عند التعذر من الفقيه الذى هو محل الكلام الأعلى للإطلاق.

قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه

التكليف الوجوبى أو الندبى لأعلى وجه النيابة من حاكم الشرع.

أقول: ربما يقال ان من ثبت الولاية له فى زمان الغيبه على غيرهم كالوكلاء المتعددين فى آن بناء واحد عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول فأجاب عنه المصنف بان الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذونا فى تصرف مغاير و ان بنى عليه الأول و دخل فيه، اما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كالزامه و دخولهم فى الأمر كدخوله و فرضنا أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الاذن فى مخالفه نفس الموكل و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة أو استنابه كان حكمه حكم ما نحن فيه.

و فيه ان المقدمات ليست من الأمور التى تقبل النيابة و الوكاله بل مورد الوكاله هى الأمور الاعتباريه كالتزويج و البيع و سائر المعاملات و اما المقدمات كسائر الأفعال التكوينية مثل الأكل و الشرب فغير قابله للوكاله.

و الذى ينبغى ان يقال هو ان الظاهر ان ينظر الى دليل الوكاله فإن كان فيه إطلاق حتى يشمل صورته وضع الآخر يده على المال أو أكثر من ذلك فيجوز، بل مع الإطلاق و الشمول يجوز للوكيل الثانى ان يتصرف فيه على خلاف تصرف نفس الموكل فضلا عن وكيله و ان لم يكن لدليل الوكاله إطلاق

فلا يجوز للثاني ان يتصرف فى غير ما علم دخوله تحت وكالته و ان يضع الآخر يده عليه لقصور ما دل على جواز التصرف فيه و من هنا ظهر حكم الوصايه أيضا.

و اما الأب و الجد فكل منهما ان يتصرف فى مال اليتيم حتى مع تصرف الآخر بان ينقض تصرفه فضلا إذا وضع يده عليه و لم يتصرف بعد، فكل منهما ان يفسخ بيع الآخر الذى باعه خياريا و هكذا.

ثم انه فرّق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولاية لهم

حيث منع من مزاحمه الفقيه الأخر عن الفقيه الذى وضع يده على مال اليتيم و جوّزها فى عدول المؤمنين و محضّل كلامه فى وجههما ان الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست إلاّ على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكليفي، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام فمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الآخر عن تصرفاته نظير الأب و الجد حيث يجوز لكل منهما ان يتصرف فيما وضع الآخر يده عليه.

و أما حكام الشرع فان استندنا فى ولايتهم الى مثل التوقيع المتقدم و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه أحاديثنا جازت المزاحمه لكل منهم عن تصرف الآخر قبل تصرفه إذ الخطاب فيه مختص بالعوام فلا يجوز لهم مزاحمه الفقيه فى تصرفاته، و اما الفقهاء فكل منهم حجه يجوز أن يتصرف فى مال المولى عليه.

و أما لو استندنا فيها الى عمومات النيابة و تنزيل الفقيه منزله الامام عليه السلام، فالظاهر عدم جواز مزاحمه الفقيه الذى وضع يده عليه إذ دخوله عليه كدخول الامام عليه، فلا يجوز مزاحمه الإمام فيما يريد الاقدام عليه على انه يلزم من جواز المزاحمه اختلال النظام سيما فى مثل هذا الزمان الذى

شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومه.

و يرد على الثانى أولا- انه لا دليل على النيابة كما تقدم حتى يقال أن مقتضاه هو تنزيل الفقيه منزله الامام عليه السلام فلا يجوز مزاحمته و انما الولاية ثبت لهم و لغيرهم من المؤمنين على تقدير فقدانهم بمقتضى الأصل و الا- فليس هنا دليل لفظى يؤخذ بعمومه.

و ثانيا: انه على تقدير وجود الدليل اللفظى فعمومه يقتضى ثبوت الولاية لكل فقيه فى عرض ولايه الأخر و كون كل منهم نازلا منزله الإمام (عليه السلام) فلا- يلزم من تصرف الثانى مزاحمه الإمام أو من هو فى منزلته، اذن فيجوز لكل منهم مزاحمه الأخر، بل التصرف فيما تصرف فيه الأخر بالفسخ و نحوه إذا كان تصرف الأول بمثل بيع الخيارى و اما كونه مستلزما لاختلال النظام من جهه كثره المدعين لذلك، ففيه ان المدعى لذلك ان كان على وجه صحيح فلا يلزم فيه اختلال النظام فإن أحدهم يرى مصلحة فيبيع مال اليتيم و الأخر يرى مصلحة فيفسخ فأى اختلال نظام يترتب عليه، فإنه يكون مثل تصرفات الأب و الجد حيث يتصرف أحدهما فى مال المولى عليه على وجه و يتصرف الأخر على خلافه، بل ينقضه بان يفسخ بيعه مثلا فهل يتوهم أحد لزوم اختلال النظام من ذلك.

و يرد على الأول انه لا نفهم معنى لكون ولايتهم على وجه التكليفى الوجوبى أو الندبى إذ لا شبهه فى نفوذ تصرفهم من البيع و الشراء و غيرهما من أقسام التصرفات عند فقد الحكام و ليس معنى الولاية إلا ذلك التى ثبت من قبل الإمام و الا فمجرد الحكم التكليفى فهو من الأمور الحسبيه الغير المربوطه بباب الولاية إذن فولايه العدول كولاية الفقيه فلا وجه للتفريق.

على ان الدليل الدال على ثبوت الولاية لهم لو تم فإنما هى كالولاية الثابته للفقيه و انهم مع فقدانهم كالفقيه مع فقد الامام عليه السلام، فالفرق

بينهما بلا وجه.

و توهم اختلال النظام فى الثانى دون ولايه العدول مع كونهم أكثر فاسد، و التحقيق هنا هو ما تقدم سابقا من ان الولاية الثابتة للفقهاء و لعدول المؤمنين انما هى بحسب الأصل و أخذ القدر المتيقن من جواز التصرف فى مال الغير فنتيجته عدم جواز تصرف الفقهاء الأخر فى مال المولى عليه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه لكونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام إذ لم نحرز جوازه إلا- للأول لكونه هو المتيقن و هكذا الكلام فى عدول المؤمنين فما ذكره المصنف فى الأحكام و ان كان متينا من حيث المدعى و لكنه لا يتم من جهة الدليل الذى ذكره.

و بالجمله فالأصل الاولى يقتضى عدم جواز التصرف لأحد فى مال غيره و بعد القطع بجوازه فى مال اليتيم للأحكام و لعدول المؤمنين فى الجمله فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرف الثانى فيه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه.

قوله: اما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشره الفاسق.

أقول

ذكر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشارة إليها: -

الأول: انه هل يجوز مباشره الفاسق فى مال اليتيم مثلا أم لا؟

فحكم المصنف (ره) هنا بالجواز، و عدم اعتبار العدالة فى منصب المباشر بدعوى شمول عموم أدله فعل المعروف و ان كانت الأدله الخاصه قاصره و تلك العموم كقوله (عليه السلام) عون الضعيف من أفضل الصدقه و عموم قوله تعالى **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** و نحو ذلك.

و فيه الظاهر ان ما افاده ليس بتمام، بل لا بد من العمل بمقتضى الأصل الذى كان مفاده عدم جواز تصرف غير العادل فى مال الصغير عند

ص: ٦٦

فقد الفقيه لكونه هو القدر المتيقن في ذلك الخارج عن أصاله عدم جواز التصرف في مال الغير.

و أما عموم عون الضعيف من أفضل الصدقه فعلى تقدير صحه الحديث فهو ناظر الى الكبرى و ان كلما كان عوننا للضعيف فهى صدقه و أما الصغرى فلا- بد و ان تكون محرزه من الخارج فلا- تكون الكبرى متكلفه لإثبات الصغرى إذ لا نسلم ان تكون تصرف الفاسق فى مال اليتيم من مصاديق الصدقه فضلا عن كونه من أفضلها و من هنا ظهر الجواب عن عموم قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا- بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِنِ الْكَبْرَى و ان كان مسلما و لكن لا نسلم ان تصرف الفاسق فى مال اليتيم من القرب الحسن بأى معنى أخذ القرب و الحسن على ما ذكره المصنف من معانيهما حتى فى صور كون التصرف صلاحا أو لم يكن الترك أصلح من الفعل، بل كان الفعل أصلح من الترك إذ التصرف حرام فلا يجوز بمثل تلك الاحتمالات ما لم تثبت الولايه للمتصرف فى مال اليتيم كما لا يخفى، بل تدل على عدم جواز بيعه و تصرفه فيه، الأخبار المتقدمه الداله على عدم جواز البشر من الفاسق الذى تصدى الى التصرف فى مال اليتيم فإنه إذا لم يجرى الشرى لم يجرى البيع أيضا فإنه لا معنى لصحه البيع من طرف البائع و بطلانه من طرف المشتري، بل بطلان من أحد الطرفين يستلزم البطلان من الطرف الآخر أيضا.

و بالجمله لا- وجه لتصرف الفاسق فى مال اليتيم بوجه و انه طريق غير حسن لعدم الدليل على جواز تصرفه و عدم شمول العمومات المتقدمه عليه كما عرفت.

الثانى: فى حكم الشراء من الفاسق

فالظاهر أيضا اشتراط العدالة فيه فلا يجوز الشراء منه و ان ادعى كون الفعل مصلحه، بل يجب أخذ المال

من يده حسبه لدلاله الروايات المتقدمه على اعتبار العدالة فيمن تصدى لبيع مال اليتيم ليكون الشرى منه كقوله عليه السلام فى روايه زراعه و قام عدل فى ذلك و غيره فقد فرق المصنف بين هذه المسأله و بين المسأله السابقه من انه لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق و الوجه فى ذلك هو ان الموضوع فى المسأله السابقه هو إصلاح المال و مراعاة الحال و التصرف معنون بذلك العنوان و هو لا يحرز باخباره قولاً أو عملاً، و لا بأصالة الصحه إذ مورد أصالة الصحه انما هو فيما تحقق الفعل فى الخارج و شك فى صحته و فساده من ناحيه بعض الشروط، ففى المقام لم يتحقق الفعل ليحمل على الصحه حين الشك فى الصحه و الفساد، بل يريد المشتري أن يشتري من الفاسق فأصالة الصحه لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسأله السابقه فإن الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثلن فأصالة صحه المعامله يحكم بكونه هو الأول.

و لكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا- تجرى أصالة الصحه لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسأله السابقه فإن الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثلن فأصالة صحه المعامله يحكم بكونه هو الأول.

و لكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا- تجرى أصالة الصحه فى كلتا المسألتين فإن مقتضى الروايات المتقدمه هو لزوم إحراز الشراء من العادل و لذا قال عليه السلام و قام عدل و ان التصرف الصادر من غير العادل فاسد و ان كان فيه غبطه الصغير لعدم كونه ولياً.

و عليه و ان كان الثمن فى يد الفاسق و تحققت المعامله بتصرفه و لكن هذا التصرف باطل لعدم صدوره عن أهله لعدم كونه ولياً ففعله هذا فاسد قطعاً، فكيف يحمل على الصحه بأصالة الصحه فإن مورد أصالة الصحه انما هو فيما كان للفعل صحه تأهليته بعد وقوعه فى الخارج فالفعل الواقع هنا فاسد قطعاً لعدم صدوره عن أهله فكيف يحمل على الصحه بأصالة الصحه

فما ذكره من عدم جريان أصاله الصحه فى الفرع الثانى و عدم قياسه بصلاه الميت جار هنا بلا زياده و نقيصه.

و بالجمله بعد ما ثبت انه لا ولايه للفاسق على مال الصغير و ان تصرفاته ليست بنافذه فى حقه فلا يفرق فى عدم ترتيب الأثر على فعله بين الحدوث و البقاء ففى كلتا المسألتين يحمل فعله على الفساد كيف فإن أصاله الصحه لا يجعل الفاسق الذى ليس له التصدى بأمور الصغير جزما ولتيا له و لا ينقض تعجبي من المصنف كيف رضى بجريانها هنا و تصحيح عمله بها بعد العلم بعدم كونه أهلا- للتصرف و هذا نظير ان يحمل بيع غير المالك، كالغاصب على الصحه بأصاله الصحه مع العلم بكونه غاصبا فهى توجب كونه مالكا و كك هنا ان أصاله الصحه لا تعجل غير الولى ولتيا و لا تجعل الفعل الذى ليس له صحه تأهليه، بل فاسد جزما كما هو واضح.

و توهم كون الثمن فى يد الفاسق يدل على الصحه بمقتضى قاعده اليد توهم فاسد فإن قاعده اليد انما تصلح المعامله من جهه الشك فى المالك ففى المقام انها لا تثبت الولايه لمن ليس بولى قطعا، نعم لو صدر الفعل ممن لا ندرى أنه عادل أم لا فسيأتى حمل الفعل فيه على الصحه فكم فرق بين المسألتين.

نعم لو صدر البيع من شخص و شككنا فى صحته و فساده من جهه الشك فى كونه عادلا أو غير عادل من اعتبار العدالة فى الولى أو شككنا فى كونه ولتيا أو غير ولى و لو كان عادلا فيحمل على الصحه فإن المناط فى أصاله الصحه الذى هو تحقق الفعل فى الخارج و الشك فى صحته و فساده موجود هنا، فمقتضى أصاله الصحه يحمل بيعه على الصحه و هذا غير ما تقدم من صدور الفعل من غير أهله قطعا بحيث لا مجال لأصاله الصحه بوجه فافهم.

ثم لو أردنا اشتراء مال الصغير ممن نشك في انه عادل ليكون وليا عنه و كان تصرفه نافذا أو فاسق لا ينفذ تصرفه فلا يمكن حمله على الصحة بأصالة الصحة، فإنها إنما تجرى في مورد تحقق الفعل في الخارج و شك في صحته و فساده كما عرفت، ففي هنا لم يتحقق الفعل بعد، فكيف يحمل على الصحة فأصالة الصحة لا يتكفل على إثبات أن المتصدى بالفعل الذي يريد إيجاده في الخارج ولى للصغير كما هو واضح.

و لا تجرى هنا قاعده اليد أيضا لأنها لا تجعل من لا ندري ولايته على الصغير وليا و يتضح ما ذكرناه بملاحظه ما تقدم من لزوم إحراز ان الشراء لا بد و ان يكون من العادل بمقتضى قوله عليه السلام و قام عدل على ذلك و الأ فلا يجوز الشراء و هذا غير ما ذكرناه من حمل فعله على الصحة مع الشك في الصحة و الفساد إذ هو بعد تحقق الفعل و كان فيه موضوع أصالة الصحة تماما.

و ربما يقال بقياس ذلك بالشك في تصرف الولي من انه عادل أم لا؟ فكما يحمل فعله على الصحة فكك هنا.

و لكنه من العجائب و جوابه يظهر من كلامه إذ توقفنا في حمل الشراء ممن لا نعلم انه عادل أم لا، من جهة عدم العلم بعدالته و ولايته إذا الولي على مال الصغير انما هو العادل فما لم نحرز ذلك ان الفعل صدر من الولي و ان شرائنا ممن له التصرف في ماله فلا يجوز الاقدام عليه قبل الإحراز و هذا بخلاف ما صدر الفعل عن الولي مع العلم بكونه وليا جزما و شككنا في عدالته و فسقه فإن الولايه و نفوذ التصرف فيه محرز قطعا و انما الشك في أمر آخر غير مربوط بالولايه و بنفوذ التصرف فكم فرق بينهما.

ثم لو أخبر الفاسق على وقوع الفعل كإخباره على وقوع الصلاه على الميت أو بوقوع التصرف من العادل مثلا، لا يسمع اخباره إذ لا دليل على

حجيه خبر الفاسق و لا- دليل على الاعتبار فى خصوص المقام، بل يسمع قول المخبر بوقوع الفعل و ان لم يكن عادلا بناء على اختصاص أدله اعتبار الخبر بالأحكام و عدم شموله على الموضوعات و ما نحن فيه أيضا كك فلا بد من ترتيب الأثر عليه من قيام البينه على ذلك كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و الحاصل: انه يقع الكلام فى جهتين:-

الاولى: فى اعتبار العدالة فى تصرف المتصرف و عدم اعتبارها فيه.

و الثانیه: فى مشروعیه معامله الغير مع المباشر، و انه هل يعتبر عداله المباشر أم لا؟ و انما لم نعتبر اعتبارها فى جهه الاولى.

أما الجهه الأولى: فقد عرفت ان المصنف لم نعتبر العدالة فى تصرف المتصرف فى مال الصغير مع فقدان الولى و تمسك فى ذلك بقوله عليه السلام عون الضعيف من أفضل الصدقه، و قوله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فيجوز ان يتصرف الفاسق فى مال الصغير و لو لم يستأذن من الحاكم.

و فيه انك قد عرفت عدم جواز تصرف الفاسق فى مال الصغير إلا مع الاستيذان من الولى أو الحاكم، و أما عون الضعيف من أفضل الصدقه فعلى تقدير قبول الصحه فلا دلالة فيه على المقصود إذ هو ناظر إلى مطلوبه الكبرى فلا يشمل ما يشك فى كونه عوناً إذ لا- يتكفل الكبرى على إيجاد الصغرى، و كك قوله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إذ هو لا يثبت ان تصرف الفاسق من القرب الحسن مضافاً الى دلالة الروايات المتقدمه على اعتبار العدالة كما عرفت، اذن فلا يجوز لغير العادل التصرف فى مال الصغير بمقتضى الأصل الذى عرفته.

و أما الجهه الثانيه: أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل

فقد اعتبر المصنف

العدالة هنا للرواية المتقدمة، بل حكم بوجوب أخذ المال من يده، ولا يمكن تصحيحه بحمل فعل المسلم على الصحيح بأصالة الصحة إذ الموضوع هنا عنوان بسيط أعنى إصلاح مال الصغير فنشك في تحققه و عدمه فلا يحرز بأصالة الصحة و ليس ذلك مثلا إتيان صلاة الميت فإنها بعد تحققها في الخارج فنحمل على الصحة إذا الواجب هنا هي الصلاة الصحيحه و قد علم صدور أصلها من الفاسق و إذا شك في صحتها أحرزت بأصالة الصحة بخلافه هنا إذ عرفت ان الواجب هو العنوان البسيط فلم يتحقق في الخارج و هو كاخبار الفاسق بوقوع الصلاة على الميت ثم نزله منزله بلوغ البائع فإنه لا يحرز بأصالة الصحة ثم حكم بجريانها فيما إذا وجد الثمن في يد الفاسق من مال الصغير و تردد الأمر بين كون الثمن ملكا للصغير أو المثلث بأصالة صحه المعامله من الطرفين يحكم بكون الثمن من مال الصغير ثم أمر بالتدبير.

و يرد عليه أولا-انه ليس في الأدله السابقه ما يدل على ان الموضوع في المقام هو إصلاح مال و مراعاة الحال ليكون الشك فيه شكاً في أصل تحققه فلا يمكن إحرازه بأصالة الصحة، بل الظاهر منها عدم جواز التصرف في ماله إلا بوجه عتبه الشارع، و ذلك الوجه هو الوجه الحسن على ما ذكر في الآيه، فالموضوع في المقام هو عنوان القرب المشروط بكون على وجه حسن، فأصل القرب محرز بالوجدان فشرطه فهو كونه بوجه حسن بأصالة الصحة.

و بالجمله انه لا-وجه للمنع عن جريان أصاله الصحة بوجه و لو كانت الآيه إلا بالتى هي أصلح فإنه ح تكون الأصلحيه شرطاً للقرب لا موضوعاً للحكم.

و ثانيا:على تقدير كون الموضوع هو إصلاح المال فلا وجه لإجراء أصاله الصحة فيما إذا تردد الأمر بين كون مال الصغير هو الثمن أو المثلث، إذ مجرد التردد لا-يوجب إجراء أصاله الصحة فاصل عنوان إصلاح المال مشكوك الوجود فلا يحرز بأصالة الصحة فلا وجه له ان يفرق بين المسألتين بل يشكل الأمر ح لو كان المتصدى هو العادل و شككنا في كونه إصلاحاً في حق الصغير

و مراعاة له أم لا؟ فيكون أصل عنوان الإصلاح مشكوكا فلا يحرز بأصالة الصحة و لعل الى ما ذكرناه أشار بالأمر بالتدبير، فافهم.

و الذى ينبغى ان يقال انه ليس لنا دليل لفظى دل على حجية أصالة الصحة و كونها من الأصول المعبر و اما قوله «ضع فعل أخيك المسلم على أحسنه» فقد قرر فى محله انه خارج عن حدود أصالة الصحة التى من الأصول المعبره فى الفقه، فان مورد ضع فعل أخيك على أحسنه هو عدم حمل فعل الأخ على الحرام، مثلا لو علم أنه تكلم بشيء فيحمل على أحسنه من انه لم يفحش لا- انه حمل على أنه سلم ليكون رده واجبا و كك عامل معاملة فتحمل على انها ليست ربويه لا- أنها معاملة صحيحة، فالمقصود أنه حكم أخلاقي نظير صدق أخيك و لو يجيئك خمسون قسامه فكذبهم فمعناه لا ترتب الأثر على قولهم فاحمل كلامه على أحسنه لا انه كذبهم و احملهم على الكذب.

و انما الدليل على اعتبارها السيره القطعيه المستمره فى بعض الموارد و الظاهر ان الضابطه فيها هو ما كان الفاعل الذى يحمل فعله على الصحة مسلطا على التصرف و مالكا له و بعد إحراز سلطنته عليه فإذا شك فى بعض الشرائط فيكون فعله محمولا على الصحة و الوجه فيه هو ان السيره دليل لبي لا يؤخذ بها إلا بالمقدار المتيقن و عليه فلا يجوز لأن يحمل الفعل الصادر من الفاعل الذى لا ندرى كونه مالكا على التصرف و عدم كونه مالكا عليه على الصحة فلا يمكن الحكم بصحة المعاملة إذا صدر الفعل من الفاسق و شك فى ان الثمن هو مال الصغير أو المثلث و هكذا لا يمكن الحكم بالصحة بأصالة الصحة إذا صدر الفعل من الفاسق و لكن نحتمل أنه استأذن من العادل أو من الولي أم لا لعدم إحراز مالكيته على التصرف فلا يكون موردا للسيره و هكذا و هكذا و من هنا لا- يمكن إجراء أصالة الصحة و تصحيح عقد الوكاله بها إذا شك فى كون البائع وكيلا من قبل المالك أو فضوليا فى بيعه، هذا إذ لم يحرز انه مالك للتصرف حتى يحمل فعله على الصحة و بكونه بعنوان الوكاله و من هذا

القبيل الشك في البلوغ و هكذا كل ما كان من هذا القبيل، و الوجه هي كلمه واحده و هو كون الدليل على أصاله الصحه هي السيره فهي لييه فيؤخذ بالمقدار المتيقن فلا يشمل الموارد المشكوكه فالمورد المتيقن لها هو ما ذكرناه.

لا- يقال انه إذا اعتبر في جريان أصاله الصحه مالكيه المتصرف على التصرف فيماذا تحملون على الصحه فما إذا تردد البيع الصادر من البائع بين كونه بيعا صحيحا أو بيعا ربويا مع عدم كونه مالكا على إيجاد البيع الربوي.

فإنه يقال انه يكفي في ذلك مالكيته على الطرف الذي تحمل فعله عليه بأصاله الصحه فلا يلزم كونه مالكا على جميع أطراف المحتملات كما لا يخفى فيكفي في المثال المذكور كونه مالكا على إيجاد البيع الصحيح فيحمل عليه مع التردد بينه و بين البيع الفاسد هذا كله فيما إذا لم يكن المال في يد المتصرف، و اما إذا كان ذو اليد على المال و كان المال تحت يده فادعى كونه مالكا للتصرف بكونه وليا أو مستأذنا منه مع إمكان ما ادعاه فهل يمكن حمل فعله على الصحه هنا أم لا؟ الظاهر أنه لا يمكن حمله على الصحه هنا أيضا لعدم السيره على ذلك بل لا بد و ان تؤخذ المال منه فضلا عن نفوذ تصرفه فإنه مع العلم بكونه غير مالك و ان ما بيده مال الصغير فمجرد احتمال كونه مالكا على التصرف بالاستيدان أو الوكالة من وليه أو كونه وليا لا يجوز حمل فعله على الصحه، لعدم العلم بجريان السيره فيه، بل يكفي الشك في عدم الجريان لما عرفت من كونها دليلا ليئا فيؤخذ القدر المتيقن منه فما لم يكن عالم بالسيره فلا يمكن حمل فعله على الصحه.

نعم، يمكن الحمل فعله على الصحه لو كان ظاهر الحال تقتضى مالكيته و اعترف بعدم كونه مالكا، بل و كيلا من قبله أو مأذون منه بحيث لولا الاعتراف لعومل معه معامله المالك كما إذا أردنا أن نشترى شيئا من البقال فقلنا

أعطه بسر كذا، فقال انه مال الغير أو مال اليتيم لا اعطى إلا بئمن كذا، فليس لنا ان نأخذه و نقول فقد اعترفت بكونه مال الغير فاثبت وكالتك عنه، بل يصدق قوله فيحمل معاملاتته على الصحة إذ السيره قائمه على ذلك في أمثاله فلم يتوقف أحد في المعامله عليه.

و بالجمله فموارد الاطمئنانات الشخصيه خارجه عما ذكرناه من عدم حمل فعل الغير على الصحة، إذ يحمل فيها فعل الغير على الصحة، و اما لو علمنا انه استولى على مال الغير فلا ندرى انه و كيل في التصرف أو لا فيدعى الوكاله و يتصرف فيه، فلا يكون تصرفه هذا نافذا فلا يمكن ترتيب الأثر عليه.

ثم من قبيل ما ذكرناه من اشتراط حمل فعل المسلم على الصحة بكونه مالكا على التصرف ترتيب الأثر بقول الحكام الشرعيه، أو مدعى التوليه على وقف و نحوه، فإنه إذا شككنا في عدم مالكيته على التصرف من جهه الشك في اجتهاده أو عدالته أو في الجهات الأخرى فلا يجوز أن يحمل فعله على الصحة لعدم شمول السيره عليه.

نعم، لو أحرزنا مالكيته على التصرف و شككنا في الشرائط الأخرى، فأصالة الصحة في فعله و قوله و حكمه جاربه بلا اشكال، فافهم.

قوله: ثم انه هل يشترط في ولايه غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه

لليتيم أم لا؟

أقول: المشهور اعتبار المصلحه في التصرف في مال اليتيم، بل عن بعضهم الإجماع على ذلك بل عن التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين و استدل عليه المصنف بقوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ وَ ذكر حيث ان توضيح الآيه لم يذكر على ما ينبغي في كلام أحد من المعترضين لبيان آيات الاحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام

ص: ٧٥

و محصل كلامه ان القرب فى الآيه يحتمل معانى أربعه:- الأول:مطلق التقلب و التقلب و لو من مكان الى مكان فلا يشمل ما ليس فيه تقلب كابقائه عند أحد أو على حاله.

و الثانى:وضع اليد عليه بعد كونه بعيدا عنه فيكون النهى نهيا عن ذلك،فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث:ما يعد فى العرف تصرفا كالاقتراض و البيع و الإجاره و شبهها.

الرابع:مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك فالمعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره.

و أما لفظ الأحسن فى الآيه يحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد منه الحسن نظير قوله تعالى أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض و على الأول فيمكن أن يؤخذ التفضيل المطلق أى لا يجوز التصرف فى مال اليتيم إلا بوجه يكون أصلح من غيره من التصرفات،أو يكون المراد به الأفضليه على الترك أى قربا يكون أحسن تركه و على الثانى فيمكن أن يراد بالأحسن ما يكون فيه صلاح فلا يجوز التصرف إذا لم يكن فيه صلاح و يمكن أن يراد به ما لا مفسده فيه،و ان لم يكن فيه صلاح أيضا ثم اختار من احتمالات القرب الاحتمال الثالث و من احتمالات الأحسن الاحتمال الأول أى ما يكون بمعنى التفضيل المطلق،و عليه فإذا كان بيع مال الصغير أصلح،فبعناه بعشره دراهم،ثم فرضنا أنه لا يتفاوت إبقاء الدراهم لليتيم أو تبديله بالدينار فأراد الولى أن يجعله دينارا،فلا يجوز بعد كونه أصلح من تركه،بل هما سيان و أن كان يجوز ذلك من الأول إذا كانت المصلحه فى الابتداء فى تبديل المال بالنقد من غير فرق فى تبديله بالدينار أو الدراهم و أما لو

جعلنا الحسن بمعنى لا- مفسده فيه فيجوز ذلك كما يجوز لو أخذ بالاحتمال الرابع للقرب إذ كما ان الولي مختير في الأول بين جعله ديناراً أو درهما فكك له التخيير بقاء إذ ليس لأحد الفردين مزيه على الآخر لا في الابتداء و لا في الاستداه فيكون القدر المشترك بينهما هو الحسن فيكون مختيراً ابتداء و استداه.

ثم قال ان الانصاف هو أن مرجوحه المعنى الرابع في نظر العرف ثم استظهر من بعض الروايات ان المنط في جواز التصرف في مال اليتيم هو عدم الضرر عليه كما ان المنط في الحرمة وجود الضرر عليه.

و الذي ينبغي ان يقال ان شيئاً من المعاني الأربعة لا يرتبط بالقرب اما الاحتمال الثالث فلأن مثل البيع و الاقتراض و الإجاره و نحوها مما يعد في العرف تصرفاً ليس قرباً فإنه هو الإتيان و ليس في أمثال ذلك قرب و إتيان بوجه و اما المعنى الرابع فهو ليس بتمام في نفسه، بل يعد جعله من معاني القرب من العجائب إذ لا يصدق القرب على الترك و على الاعدام فهل يقال لمن ترك شيئاً انه قرب منه.

و أما المعنى الثاني فلا وجه له أيضاً إذ لا وجه لتخصيص القرب بالابتداء و عدم شموله للاستداه فإنه تخصيص بلا مخصص و كك لا- وجه للرابع و تخصيصه بالتقلب و التقلب و عدم شموله لا- بقاءه في حاله أو عند احد مع انه يمكن أن يكون نفس الإبقاء عند أحد استيلاء عليه، بل معنى القرب هو الإتيان إلى الشيء خارجاً و الاستيلاء فتاره ينسب إلى الأفعال كقوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ وَ الْأُخْرَى إِلَى الْأَعْيَانِ كقوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ فالمعنى هنا و الله العالم انه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم و تملكه إلا بوجه يكون حسناً و مصلحه و عليه فيكون النهي متمحضاً للتكليف لعدم ارتباط

الآية بالمعاملات بوجه ليكون النهى إرشادا إلى الفساد كما ذكرنا مرارا من كون النهى فى باب المعاملات إرشاد إلى الفساد.

و بالجمله ان الآيه خارجه عن المعاملات و ليست لها تماس بها لكى يباحث فى فسادها و عدمها، بل هى مسوقه للنهى عن أكل ماله و الاستيلاء عليه فهى نظير على اليد ما أخذت حتى تؤدى.

ثم انه لا يفرق فى ذلك بين كون الاستيلاء حدوثا أو بقاء فلو كان مال زيد الصغير وديعه عند عمرو فالى سنه أحرزه، ثم استولى عليه و تملكه و تصرف فيه تصرفا الملاك فتشمله الآيه أيضا إذا النهى منحل إلى نواهى عديده على نحو العموم الاستغراقى.

ثم اختلف فى ان المراد بالتى أى شىء فقيل انها كناية عن النيه أى لا تقربوا مال اليتيم إلا بنيه حسن، فيكون الباء صله زائده. و قيل ان المراد منها الكيفيه أى لا- تقربوا مال اليتيم إلا بكيفيه حسن و ذكرنا سابقا ان المراد منها الطريقه و يكون الباء للسببيه و ليس هو وصفا للقرب كما توهم و الا كان الصحيح ان يقال إلا بالذى هو أحسن، ثم لا شغل لنا فى انه أى شىء أريد منها أو من الأ-حسن بعد مما علمت خروج الآيه عن باب المعاملات و كونها ناهيه عن أكل مال اليتيم و الاستيلاء عليه بأى نحو من أنحاء التصرفات كما انه لا شغل لنا للبحث فى أنه أى طريق ليجوز التصرف فى مال اليتيم على هذا الوجه بعد ما عرفت انه لا ولايه لأحد على الصغير و التصرف فى ماله من الفقيه و الحاكم الشرع فضلا عن عدول المؤمنين و كيف بفساقهم حتى التصرفات التى كانت على مصلحه الصغير فضلا عما لا مصلحه فيه أو فيه، مفسده لماله إلا فى مورد خاص فهو صورته موت الشخص فأريد بيع ماله فدلت الروايه على قيام العدل بذلك و بيعه من قبلهم و انما التصرف يجوز

فى ماله حسبه و ان نظر الشارع تعلق بحفظه و حفظ ماله من كل أحد فإذا شوهده ان داره تخرب أو ماله يتلف أو هو نفسه فى معرف التلف فيجب لكل أحد على مراتبهم حسبه يحفظوا ماله و نفسه و اما فى غير تلك الموارد فلا يجوز لأحد ان يتصرف و لو كان على مصلحة الصغير فكيف ما إذا لم يكن فيه صلاح، فافهم.

قوله: نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان مناط حرمه التصرف هو الضرر.

أقول: قد عرفت عدم دلالة الآية على الولايه فضلا عن اعتبار المصلحة فى تصرفهم بل لا بد من العمل بمقتضى الأصل حيث علمنا جواز التصرف فى مال اليتيم فى بعض الموارد حسبه كما إذا كان فى شرف الخراب فإنه يجوز بل يجب البيع و تبديله بالأحسن و اما بيع ماله ابتداء و لو كان أصلح فلا يجوز للفقير فكيف بغيره إلا فى موارد القسمة قد ورد النص بقيام العدل عليها و على هذا فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن من التصرف فهو صورته اختيار الأصلح فلو كان هنا مشتريان فيشترى أحدهما بخمسين و الآخر بمائه فلا يجوز بيعه بخمسين إلا إذا كان فى بيعه بمائه ما يوجب التشويش و الاضطراب لكون المشتري شخصا متقلبا بجعل الخيانه فى معاملاته.

و ربما قيل ان المناطق عدم الضرر فقط و ان لم يكن فيه نفع لروايتين: - إحداهما: روايه الكاهلى عن الدخول على اليتامى فقال عليه السلام ان كان فى دخولهم عليهم منفعه لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا، و استظهر منها المصنف ان المراد من منفعه الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فى الذيل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازى ذلك فلا تنافى بين الصدر و الذيل.

و زعم بعضهم ان الروايه إنما تعرضت لحكم صورتين إحداهما صورته وجود المنفعة لليتامى و الثانيه صورته الضرر منهم، و اما الصوره التي يوازى النفع مع الضرر بحيث لم يبق فى البين لا- نفع و لا ضرر فسكوت عنها و قوله عليه السلام فى الذيل ان فيه ضرر عليه فلا يجوز بيان لأحد شقى المفهوم لكونه أغلب فتكون الروايه أجنبيه عن اعتبار عدم الضرر فقط فى تصرفات الولى و لكن الظاهر ان ما فهم المصنف من الروايه هو الوجيه و ذلك من جهه ان طبع الدخول على اليتامى لا يخلو عن الضرر لكونه مستلزما لاستخدام دارهم و الأكل من طعامهم و الجلوس على بساطهم الى غير ذلك من التصرفات التي لا شبهه فى كونها فى نفسها ضررا عليهم فدخولهم على اليتيم بحسب الطبع ضرر عليهم و على هذا فنظر الامام عليه السلام من التجوز فيما إذا كان دخولهم عليهم منفعه ملاحظه الموارد بين ما يصل إليهم من الداخلىين و بين ما يقع عليهم من الضرر فيحكم بالجواز مع وجود النفع لهم و بعدمه مع كونه ضررا عليهم و عليه فلا يكون فى البين شق ثالث.

و لكن الظاهر ان الروايه خارجه عما نحن فيه إذ هي ليست متعرضه لجواز بيع مال الصغير و التصرف فيه و ان كان أصلح لهم، بل قلنا لا يجوز التصرف الا بالمقدار المتيقن الذى تقتضيه الحسبه إلا فى مورد القسمة، بل هي معترضه لبيان جواز الدخول عليهم و الأكل من أموالهم إذا لم يكن فيه ضرر بأن يصل منهم إليهم فى مقابل ما ورد عليهم من الضرر و لو كان النفع امرا اعتباريا كدخول الشخص الشخص عليهم بحيث يوجب ذلك عدم جرئه الناس عليهم، بل هذا المقدار الذى تعرض له الروايه أمر وجدانى، بل مما يحكم به العقل إذ لو لم يدخل عليهم أحد و لم يصل الى أمورهم لملاحظه الأصلح فالأصلح لم تحفظ كيانهم و وقعوا فى معرض التلف

الثانية:روايه ابن مغيره قلت لأبى عبد الله عليه السلام أنّ لى ابنه أخ يتمه فربما اهدى لها الشىء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشىء من مالى فأقول يا رب هذا بهذا قال لا بأس فقد ظهر جوابها من الروايه الأولى أيضا،فإن غرض الامام عليه السلام ملاحظه مصلحه اليتيم فى الدخول عليه و الأكل مما اهدى إليهم فإن المهدي إليهم عاده يكون أكثر مما يكفيهم من الغذاء فالزائد عنه يكون فاسدا و اما إذا ورد عليهم شخص آخر و أكل ذلك فأعطى إياهم مالا آخر فى بدله فيكون أصلح لهم بلا شبهه فهى خارجه عن حدود المعاملات،كما لا يخفى.

و بالجمله مورد الروايتين غير المعاملات من الأمور التى قد حكم العقلاء على جوازه و رضى به الوجدان كما هو واضح،هذا تمام الكلام فى الولاية.

الكلام فى بيع العبد المسلم على الكافر

قوله:مسأله:يشترط فمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان يكون مسلما.

أقول:من جملة شرائط المتعاقدين أن يكون المشتري مسلما إذا كان المبيع عبد مسلما فلا يجوز نقل العبد المسلم الى الكافر و هذا الحكم لا يختص بالبيع،بل يجرى فى جميع ما يوجب تملك الكافر المسلم و لو كان بغير البيع إذ الغرض عدم تملك الكافر على المسلم بناء على عدم جوازه لا حرمة البيع منهم و استدل على ذلك بوجوه:-الأول:التسالم بين الفقهاء على عدم الجواز و دعوى الإجماع عليه، فعهدته على مدعيه فيكون ذلك حجه لمن يطمنن به.

الثانى:الروايات الواردة فى عدم استقرار ملك الكافر على المسلم و

استدامته بأنه لو ملكه قهرا بارث بان كان العبد المسلم تحت يد الكافر فأجبر على البيع فمات و انتقل الى وارثه فبيع على الوارث فيعطى ثمنه منهم لا- ان العبد المسلم كان للكافر من غير أن يجبر بالبيع فمات و انتقل الى الوارث و الاخبار الواردة في إسلام العبد الكافر في ملك سيده فإنه يبيع عليه أو كانا مسلمين فارتد المولى و كفر فإنه يبيع العبد عليه و هكذا فيستفاد منها عدم استدامه ملك الكافر على المسلم و انه لا يستقر بقاء فيدل على عدم الملك حدوثا أيضا إذ لا يفرق فيه بين حدوث و البقاء فإذا لم يرض الشارع بذلك بقاء لم يرض به حدوثا أيضا و نزلوا ذلك بمنزله استفاده حرمة تنجيس المسجد من الأمر بالإزالة إذ لو لم تكن التنجيس محرّما لم يكن وجه لوجوب الإزالة و أيضا نظير ذلك ما إذا أمر بإخراج أحد من الدار، فإنه يستفاد منه حرمة إدخاله الدار فان غرض المولى عدم وجوده فيها و كونه مبعوضا له لا مجرد إخراج و إدخاله ثانيا.

و فيه ما أجاب به المصنف ان الأمر بإزاله ملك الكافر عن المسلم بقاء حكم تكليفي بحيث يحرم إبقائه في ملكه و يجب إخراجه عنه فلا يدل على عدم ملكه ابتداء الذي هو من الأحكام الوضعيه نعم يدل على عدم كونه ملكه مستقرا حدوثا كما دلّ على ذلك بقاء.

و بعبارة أخرى لا دلالة فيها على مزيد مما تدل على حكم البقاء فهي تدل على وجوب ازاله ملك الكافر عن العبد المسلم بقاء و جوبا تكليفا فيدل على حرمة تملك الكافر العبد المسلم أيضا تكليفا، و اما انه لا يملك بالشراء أو بالصلح أو بالهبه فلا يستفاد منها.

نعم، لو دلت تلك الروايات على اعتناق العبد المسلم في ملك الكافر بقاء لدلت على عدم ملكه له حدوثا أيضا و ليس الأمر كك و انما هي متعرضه

لوجه الحكم التكليفي فقط من جهة البقاء كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عن النص الوارد في عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين عليه السلام اذهبوا فبيعوا من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده.

و وجه الظهور ان التخصيص بالمسلمين انما هو من جهة ان الداعي على الأمر بالبيع هي إزاله ملك الكافر و النهي عن إبقائه عنده فلا يحصل ذلك الغرض بنقله الى كافر آخر فلا يدل ذلك على فساد بيعه من الكافر ابتداء و عدم صحته و ان الكافر لا يملكه من الأول.

و لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان أمر الأمير المؤمنين عليه السلام بالبيع من المسلم و نهييه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمه العقليه على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهي نظير ما لو قيل أزل النجاسه عن المسجد فكما يفهم منه حرمة إدخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك.

لما عرفت من عدم الملازمه بينهما بوجه فما افاده المصنف متين جدا و بعد بيانه على الذى فى المتن لا يبقى مجال لما ذكره شيخنا الأستاذ بل لا نفهم معنى كلامه.

و الحاصل: انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوده:—

منها: التسالم

فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدقه

و منها: الأخبار الواردة فى موارد عديده

الداله على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر.

و فيه انها تدل على وجوب إزاله العلقه المالكيه للكافر من العبد المسلم بقاء و جوبا تكليفيا فلا يدل على عدم صحه التملك حدوثا و ضعاً.

ص: ٨٣

نعم، لو كانت داله على اعتاقه عليه بقاء في تلك الموارد لدلت على عدم حدوث الملكيه حدوثاً أيضاً للملازمه العرفيه بينهما و ليس كك.

و منها: ما عن الأمير عليه السلام و لا تقرّوه عنده فيبعوه من مسلم.

و فيه أولاً ما تقدم من انها تدلّ على حرمة إبقاء العبد المسلم في ملك الكافر تكليفاً فلا يدل على عدم التملك حدوثاً وضعاً بل تكليفاً فتقيده عليه السلام بالبيع من مسلم من جهة عدم حصول الغرض و هو ازاله ملك الكافر عن المسلم بالبيع من غيره فالنهي عن التقرر عنده نهى تكليفي محض.

و ثانياً: ان الأمر بالبيع و الناهي عن إبقائه عند الكافر هو الأمير عليه السلام و لا شبهه ببعه من الكافر حرام فهو عليه السلام لا يأمر بالحرام.

و بالجمله الروايه أجنبيه عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداءً.

و منها الآيه المباركه لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً بدعوى ان تملك الكافر المسلم بالبيع أو بغيره سبيل عليه فهي منفي بالايه المباركه.

قال المصنف: ان باب المناقشه فيها واسع ثم أشكل عليها بوجوه و قبل جميع المناقشات ان السبيل عباره عن السلطه الخارجيه فالملكيه من الأمور الاعتباريه فلا يصدق عليها السبيل.

الثاني: ما أورده المصنف أولاً أن الآيه لا دلالة فيها بنفسها و لو بقريته السياق على المطلوب إذ مقتضى النفي بلن التاييديه هو نفي السبيل من الكافر الى المسلم في آن من الآيات فهذا المعنى غير قابل للتخصيص بوجه فيعلم من ذلك ان المراد منه ليس نفي السبيل تكويناً بداهه ثبوته للكافر على المسلم في جميع الأزمنه أو في أكثرها لكون المؤمن في ذلّ و مشقه دائماً و لا ان المراد نفي التملك ثبوت ملكيته عليه كثيراً كما

إذا كان عنده عبد مسلم فلم يلتفت اليه المسلمون لبيعه فمات و انتقل الى وارثه أو أرادوا بيعه فمات أو لم يقدرُوا على بيعه فمات و انتقل الى وارثه فان فى جميع هذه الصور تملك الكافر للمسلم، بل تسالم الفقهاء على جواز بيع المسلم من الكافر إذا كان ممن ينعق عليه فيتجلى من ذلك كله ان الآيه أجنيه عن هذه الأمور و الأ لزم القول بالتخصيص فقد قلنا ان الآيه آبيه عن التخصيص.

اذن فلا- بدّ و ان يراد من الآيه معنى لا يقبل التخصيص و لو بقريته ما قبلها و هو قوله تعالى فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ و من الواضح ان الحكومه الإلهيه بين العباد مختصّ بالأخره فتكون الآيه راجعه إليها إذ فيها ليس للكافر على المسلم سبيل بوجه فان الله يحكم بينهم دون غيره، فلا ظلم فى حكمه تعالى.

و بالجمله مقتضى ظهور نفس الآيه و مقتضى سياقها و صدرها اختصاصها بالأخره فلا يشمل السبيل الدنيوى فضلا عن شموله على التملك.

هذا حاصل ما ذكره المصنف مع التوضيح و الإضافه منا فلا مناص عنها بوجه.

ثم ناقش ثانيا بأنه لو أغمضنا النظر عما ذكرناه و قلنا بشمولها بالسبيل الدنيوى و تملك الكافر المسلم فلا يساعده ما ورد فى تفسيرها من اراده الحججه عن السبيل و ان الإسلام لعلو شأنه و رفعه مقامه و مكانه حقانيتها و وضوح حججه و بيناته يعلو على كل الأديان و لا- يعلو عليه دين و مذهب، فالمراد من الآيه هو نفى تفوق حججه الكافر على حججه الإسلام كما خاطب النبى الأ-كرم (صلى الله عليه و آله) أهل الجاهليه مرارا هل لكم من سلطان و بينه و حججه و قد نطق بذلك القرآن المجيد فى موارد عديده و الروايات المتكثره و ان

الكافرين كلما طالبوه عن النبي (صلى الله عليه و آله) من البيئات فأتاه و لكنهم عجزوا عن مقاومته بالحجج و البيئات و قد ورد في تفسيره ان قوما زعم بذلك عدم قتل الحسين عليه السلام، بل رفعه الله فألزمهم الإمام عليه السلام بأنه و قد قتل من هو أشرف منه أعنى على و ابنه الحسن (عليه السلام) و بأنه لو كان الأمر كك، فلم قتل الأنبياء كما حكاه الله تعالى في كتابه، بل المراد انه ليس للكفار حجه على المسلمين فإنهم يغلبون عليهم في كل حجه و الآ- فالسيره العمليه جرت على أن المسلمين من المظلومين و المقهورين من زمن آدم الى هذا الزمان، إذ أول من تصدى الى ذلك ابن آدم قابل حيث قتل هابل، فجرى الحسد و العداوه بين الناس، بل في بعض الاخبار: ما منّا إلا مسموم أو مقتول. فيعلم من جميع ذلك و ممّا ورد في تفسير الآيه من العيون المشار إليه ان المراد من الآيه نفي الحجه في الدنيا و الآ- فمن جهه غير الحجه فالكفار لهم سبيل على المؤمنين بلا- ريب ثم قال المصنف و تعميم الحجه على معنى يشمل الملكيه و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

و فيه انه يمكن المناقشه في هذا الوجه من جهه ان الحجه و ان لم تشمل الملكيه الا ان تفسير الآيه بها لا يوجب اختصاصها بها بل من الممكن ان يراد من السبيل معنى جامع و مفهوم عام يشمل الحجه و غيرها و يكون التفسير بالحجه من باب بيان المصداق و عليه فيشمل السبيل الملكيه أيضا مع قطع النظر عن عدم شموله لها في نفسها.

و بالجملة لو أمكن شمول السبيل على الملكيه فتفسير الامام عليه السلام الآيه بالحجه لا يوجب عدم شمولها للملكيه، بل يمكن شمولها لو أريد من السبيل معنى جامع و قد ورد في هذا المعنى و ان تفسير آيه بفرد ليس

تخصيصها لها به، بل من باب تطبيق الكل على الفرد اخبار ذكرها في كتاب سمي مقدمه البرهان و فيها ان القرآن يجرى كما تجرى الشمس و القمر فلو أن آيه نزلت على قوم فلا يختص به و إلا نفذ القرآن بزوال القوم، بل من باب التطبيق.

و عليه فلو طبق الجبت و الطاغوت بالشيخين فليس معناه انه لا يمكن اراده غيرهما منها و من هذا تنحل شبهات كثيره في ذلك الباب و قد ذكرنا تفصيل ذلك في بحث التفسير.

ثم ناقش الشيخ في الآيه ثالثا بعد الغض عن المذكورات من جهه تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجاره و تسلط الناس على أموالهم و حكمه الآيه عليها غير معلومه.

و فيه انه لا- يفهم ما يريد من هذه المناقشه إذ لو قلنا بتقدم عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على الآيه المذكوره كما هو الظاهر إذ عمومه بالوضع لوضع الجمع المحلى للعموم فيها فيشمل مورد النزاع فيحكم بصحه بيع عبد المسلم من الكافر، و إلا فالتعارض بينهما بالعموم من وجه، ففي مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و تكون أصاله الفساد محكمه فلا يكون وجه للصحه، ح بل تكون النتيجة نتيجته التمسك بعموم نفي السبيل كما هو واضح.

ثم قال مضافا الى ان استصحاب الصحه في بعض المقامات يقتضى الصحه إذا كان الكافر مسبقا بالإسلام أو كان العبد مسبقا بالكفر، فان فيها نستصحب صحه البيع الثابت قبل الكفر، و في غير هذه الموارد نحكم بالصحه لعدم القول بالفصل و لا تعارضه أصاله الفساد في سائر الموارد لحكمه، استصحاب الصحه عليها.

و فيه ان كلامه هذا من أوله الى آخره غير صحيح إذ الاستصحاب هنا تعلقي لا- نقوله به لعدم ثبوت الحكم المنجز هنا لاستصحابه، بل الثابت قبل الكفر أنه لو باع لصح فاستصحابه الاحكام فلا نقول به.

و ثالثا: ان الكافر و المسلم فى نظر العرف موضوعان متباينان، فإذا كفر المولى أو أسلم العبد فلا وجه لاستصحاب حكم ما قبل الكفر و الإسلام لتبدل الموضوع فى نظر العرف.

و مع الغض عن جميع ذلك، فلا- وجه لعدم القول بالفصل فى الأحكام الظاهرية و انما هو فى الأحكام الواقعية، و اما الأحكام الظاهرية فالتفكيك فيها من الكثرة بمكان و الأ- يلزم اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس باطل مثلا لو كان هناك ماء ان كلاهما بمقدار معين، فكانت الحالة السابقة فى إحداهما الكرىه و فى الأخر القله فاستصحاب كل من الحالتين يغير استصحاب الحالة الأخرى لكون كل منهما تابعا على شك و يقين، فليس لأحد ان يجرى الاستصحاب فى أحدهما و يحكم بثبوت الحكم فى الأخر بالملازمه بينهما، لكونه اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس و هكذا لو توضحاً بأحد، أطراف العلم الإجمالى غفله فيحكم ببقاء الحدث و طهاره البدن الى غير ذلك من الموارد و من هنا قلنا بانّ سلمان لو استصحتت حكما من أحكام الشرائع السابقة لا- يثبت ذلك فى حقنا بالاشتراك فى التكليف فان الاستصحاب تابع للشك و اليقين من كل أحد فشك المسلمان و يقينه غير الشك و اليقين الموجود فينا.

و بالجمله مورد عدم القول بالفصل فى الأحكام الواقعية لوجود الملازمه بينها دون الأحكام الظاهرية لعدم وجود الملازمه بينها كما عرفت.

على انه مع الغض عن جميع ذلك و تماميه عدم القول بالفصل فلا- وجه لمعارضه أصاله الفساد فى مورد آخر فهو بيع العبد المسلم ابتداء من الكافر مع أصاله الصحه فى الموردين المذكورين الذين جرى فيها الاستصحاب، نعم جريانها فى مورد واحد و معارضتها فيه تقديم أصاله الصحه على أصاله الفساد للحكومته لا ريب فيه، و لكنه غير تعارضها إذا جريا فى موردين، بل يعمل بكل منهما فى مورد من غير تعارض و تمنع أصلا.

و الحاصل: أن حاصل كلام المصنف هو لو كان العبد و المولى كافرين فأسلم العبد أو كان المشتري مسلما فكفر فإنه فى هذه الموارد يجرى استصحاب صحه البيع الثابت قبل الكفر و الإسلام و فى غيره هذه الموارد يتم المطلب بعدم القول بالفصل و على تقدير عدم جريان عدم القول بالفصل فأصاله الصحه فى هذين الموردين يعارض بأصاله الفساد فى سائر الموارد، كما إذا لم يعلم الحاله السابقه فإن مقتضى أصاله الفساد اعنى عدم انتقال مال أحد إلى شخص آخر جاريه فيها فيقع المعارضه بينهما فتقدم أصاله الصحه على أصاله الفساد للحكومته.

و يرد عليه أولا: ان الاستصحاب هنا تعليقى، فلا نقول بجريانه فلا نقول بحجتيه فى الأحكام التعليقيه، و مع الغض عنه فلا يجرى فى الشبهات الحكميه و مع الغض أيضا فالموضوع هنا متبدل حيث ان موضوع الجواز فى أحدهما الكفر و الآخر الإسلام قد تبدل كل منهما إلى الآخر فهما فى نظر العرف من المتباينين فيكون الاستصحاب اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و ثانيا: ان عدم القول بالفصل بناء على اعتباره و حجتيه انما يتم فى الأحكام الواقعيه أى الأحكام الثابته بالأمارات مع القطع بالملازمه بينهما و اما الأحكام الظاهريه أى الأحكام الثابته بالأصول سواء كانت محرزه أو غير

محرزه فلا يجرى فيها و لذا يحكم فى مقدار خاص من الماء تاره بالقله إذا كان مسبوفا بها، و اخرى بالكثيره إذا كان مسبوفا بها، و يحكم فى مكان خاص بوجوب القصر تاره و بوجوب الإتمام أخرى لاختلاف الحاله السابقه الى غير ذلك من الموارد الكثيره التى وقع التفكيك فيها فى الأحكام الظاهريه.

و الوجه فى ذلك: ان جريان الاستصحاب تابع لوجود اليقين و الشك فأينما وجدا نحكم بجريانه و الآ فلا، سواء توافق مفادهما أم تخالفا، كما لا يخفى.

و ثالثا: ان أصله الصحه انما تعارض أصله الفساد فى العقود متقدم للحكومه إذا كانا واردين على مورد واحد كما إذا شك فى ان عقد الفلانى صحيح أو فاسد، فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين إلى الآخر هو الفساد و مقتضى أصله الصحه هو الصحه فتكون مقدمه على أصله الفساد لحكومتها عليها إذ لو لم تتقدم لكنت ملغاه إذ ما من مورد من موارد أصله الصحه إلا فأصله الفساد فيه موجوده فلو كانت حاكمه على أصله الصحه لم تكن فائده فى جعل أصله الصحه.

و أما فى الموردین، بان كان الجارى فى مورد هى أصله الصحه، كالمثالين المتقدمين، و فى مورد آخر هى أصله الفساد فلا تكونان من المتعارضين فضلا عن تقدم أصله الصحه على الآخر للحكومه.

و بالجملة لا دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، نعم لو تم هنا إجماع أخذ به و الآ فنحكم بالجواز، و اما قوله (صلى الله عليه و آله): الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه، شىء فمضافا الى ضعف السند فيه ان المراد منه علو نفس الإسلام لوضوح محجه و براهينه و بيناته لىتم لله الحجه البالغه و يهلك من هلك عن بينه و يحيى من حى عن بينه و لا يكون للناس حجه بعد الرسل

لا علو المسلمين على الكفار بدهاه مشاهده علو الكفار على المسلمين كثيرا بل المسلمون مظلومون في كل دوره و كوره كما
أشرنا إليه قبيل هذا.

ثم لو بنينا على عدم الجواز فهل يختص الحكم بالبيع فقط أو يجرى في غيره كمطلق تملك المنفعه أو تملك عينه بالصلح أو
كان العبد مورد الحق الكافر كالارتهان أو كان تملكاً للمنفعه كالإجاره أو اباحه لها كالعاريه أو مجرد استيمان كالوديعة فهل
يختص الحكم بالعبد أو يجرى في غيره أيضا فإن كان المدرك للحكم هو الإجماع فالمتيقن منه هو البيع فلا يجرى في غيره
تمليكه إياه بالصلح أو بالهبه أو تملك منفعه بالإجاره أو العاريه أو جعله عنده وديعه أو رهنا.

و ان قلنا بان المدرك لذلك هو الآيه المتقدمه و قلنا بشمولها لمطلق السلطه و لو كانت بالاستخدام أو الاستيجار فيشمل ح
جميع موارد السلطه و الاستيلاء عليه.

و على هذا فنقول اما الوديعة فلا شبهه في جواز وديعه العبد المسلم عنده أو إجاره الكافر لحفظه إذ ليس الغرض منها إلا الحفاظ
من دون تسلط للكافر عليه بوجه ليكون استيلاء محرما و أما الإجاره فلا بدّ و ان يفصل فيها فإنها كانت بحيث تقتضى استيلاء
الكافر على المسلم فلا يجوز كالإجاره المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر و العبد و مجرد ان الحر ليس قابلا للتملك و الغصبيه
لا يقتضى سلب سلطه الكافر إذ لو ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه عليه بلا شبهه و
ارتباب.

و أما لو كانت الإجاره متعلقه بذمه المسلم كما لو أجر نفسه لان يخطط له ثوبا أو أجر عبده كذلك فان مجرد ذلك ليس سبيل
عليه، بل هي مثل الاقتراض منه فهل يتوهم أحد أنه سبيل على المسلم و إلا لما استقرض

الأمير (عليه السلام) من اليهود، بل ربما يكون الأجير اشخص من المستأجر كالخياط الذى استأجر نفسه لخياطه ثوب أحد من الكافرين الذى أدنى منه بمراتب أو غير ذلك من الأمور وهكذا العاربه.

و اما الارتهان فهو أيضا كك إذ مجرد تعلق حق الكافر بالعبد المسلم لا يستلزم إثبات السبيل عليه، بل انما يستلزمه إذا كان تحت سلطته و مستوليا عليه كما هو واضح.

و بالجمله ففى كل مورد لزم من اجاره المسلم حرا كان أو عبدا من الكافر أو إعارته منه أو رهنه عنده سبيل عليه فلا يجوز و الآ يجوز، و قد ذكر ذلك أوضح من ذلك فى تقرير شيخنا الأستاذ.

قوله: ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته.

أقول

يقع الكلام فى بيان الكافر،

قال المصنف ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلات و المرتد.

و فيه ان ما ذكره عجيب من حيث المدعى و الدليل اما الأول فإن المرتد كافر حقيقه إذ المراد به من لم يؤمن بالله و برسوله و بيوم الآخر، فلا وجه لتفريع ذلك على كون المراد من الكافر من حكم بكفره.

نعم هذا يتم فى النواصب و الغلات لدخولها تحت الكافر حكما و الآ- فهما من افراد المؤمن حقيقه إذ المراد من المؤمن فى القرآن من يؤمن بالله و برسوله و بيوم الآخر فهم كك و ان كان أحدهما ناصبا لأهل البيت و الآخر غالبا فيهم.

و اما من حيث الدليل فمن جهه ان موضوع البحث هنا هو الكافر و عدم جواز بيع المسلم منه سواء كان ظاهرا أو نجسا فبحث نجاسته الكافر أجنبي عن ذلك، بل بينهما عموم من وجه إذ قد تكون النجاسة ثابتة فى

موضع فلا يشملهم عنوان الكافر كالنواصب فإنهم نجس بلا شبهه فقولہ عليه السلام لا شيء أنجس من الكلب و الناصب بنا أهل البيت، أنجس من الكلب و مع ذلك يجرى عليهم حكم الإسلام في الإرث و النكاح و غيرهما من أحكام الإسلام، و ان كان شر من الكافر، نعم نجاسه الغلات ليست مسلمه، و قد يترتب حكم الكفر على مورد من غير ان تثبت فيه النجاسه كالكتابي بناء على طهارتهم لكون طهارتهم و نجاستهم مختلف فيه بين الأصحاب، و قد يجتمعان.

و بالجمله ان البحث عن حرمة بيع المسلم من الكافر و عن نجاسه الكافر و النواصب بحثان لا تماس بينهما بوجه، اذن فلا وجه لما افاده المصنف من المدعى و الدليل و ما فرع عليه من الحكم.

و اما الأطفال و المجانين منهم

فقد استشكل المصنف في ثبوت الحكم لهم.

فنقول: بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر لا- شبهه في ساريتة إلى الأطفال و المجانين منهم اما الأطفال منهم على قسمين، لأنهم اما مميزون أو غير مميزين، اما الأول: فلا إشكال في صدق الكافر عليهم حقيقه إذ المراد من الكافر كما عرفت من ينكر الصانع و رسوله و يوم الآخر أو يكون مشركا بالله و الطفل المميز إذا أنكر الصانع أو أشرك به و أنكر يوم القيامة فيصدق عليه انه كافر حقيقه.

و اما الثاني فان لم يصدق عليهم عنوان الكفر حقيقه إلا ان الحكم ثابت لهم جزما للقطع بعدم الفصل.

و اما المجنون فتارة يكون جنونه في حال الكفر بان كان يهوديا أو نصرانيا أو ملحدا أو مشركا فعرض له الجنون في تلك الحالة فهو كافر أيضا

حقيقه فيقال انه يهودى أو نصرانى أو ملحد مجنون و مرتكزاته أيضا مرتكزات الكفر و الإلحاد.

و اخرى يكون جنونه من البدو و أول الأمر فهو و ان لم يصدق عليه عنوان الكافر و لكن يشمله الحكم بعدم القول بالفصل جزما بين افراد المجانين.

هذا كله من طرف المشتري، و اما من جهه المبيع أى بيع الطفل المؤمن و المجنون المؤمن من الكافر فيظهر حكمه مما ذكرناه إذ لا- ينكر صدق المؤمن على بعض افراد الطفل لعرفانه المبدء و المعاد، بل ربما يكون ايمانه أكمل من أكثر البالغين و كك لا شبهه فى صدقه على المجنون فى حال الإسلام، فيتم الحكم فى غيرهما بعدم القول بالفصل جزما كما هو واضح، إذ لم يقل احد بجواز بيع بعض افرادهما و بعدم جواز بعض افرادهما الأخر ثم ان مفروض الكلام فى المجنون ما إذا كان البيع له بان كان المتصدى للبيع غير مستقل فى التصرف و الألو كان المتصدى له ولى له و كان كافرا و مستقلا فى التصرف كيف شاء فهذا لا يجوز بلا شبهه بناء على عدم الجواز.

و اما المخالف

فليس بكافر قطعاً فلا يشمله حكمه فيجوز بيع العبد المسلم منهم لإقرارهم بالشهادتين ظاهراً و باطناً و اما ما دلّ على كفرهم فلا يراد بظاهرها، فقد قلنا فى أبحاث الطهاره ان المراد من الكفر ترتب حكمه عليه فى الآخرة و عدم معامله المسلم معهم فيها، بل يعاقبون كالكافر و لا يثاب بأعمالهم الخيرية الصادره منهم فى الدنيا كالصلاه و غيرها.

نعم، بناء على عدم تزويج المؤمنه من المخالف لا يجوز بيع الأمه منهم.

و أما بيعهم من الكفار

ففى هنا مقامات:

الأول: فى بيع السنى منهم

بحيث كان معتقداً بالله و برسوله و بيوم القيامة و لكن لم يعتقد بالولاية، الظاهر أنه لا يجوز إذ المراد من نفى السبيل من الكافر على المؤمن هو

نفى السبيل عن ليس بمنكر للصانع و للرسول كما هو المقصود من المؤمن فى تمام القرآن فيبعه منهم إثبات سبيل لهم على المؤمن و اختصاص المؤمن فى اصطلاح اليوم بالشيعة انما هو من زمان الصادقين (عليه السلام) بإرادته الايمان بالولاية و ان من لا يؤمن بالولاية فلا- ايمان له و نحو ذلك من المؤمن الوارد فى الروايات كقولهم: المؤمن لا- يقل بالمخالف فان المراد منه هو المؤمن بالولاية قطعاً الآ- انه اصطلاح من زمان الصادقين عليهما السلام كما عرفت و هذا لا- يوجب اراده ذلك من الايات القرآنية مع التصريح فى القرآن بإرادته غير ذلك، حيث قال «يؤمن بالله و برسوله».

و بالجمله انه لا- يجوز بيع السنن المقر بالله و برسوله و بالقيامه من الكافر قطعاً، لكونه مؤمناً حقيقه فيلزم من بيعه منهم إثبات السبيل عليه و قد نفى ذلك بالايه.

الثانى: انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافراً،

و ان أقر بالشهادتين و بالقيامه، و لكنه من الخوف و ذلك كأكثر المسلمين فى زمان الرسول (صلى الله عليه و آله) حيث أقروا بالشهادتين لخوف السيف من دون ان يصدقهم قلوبهم و قد سماهم الله تعالى فى كتابه بالمنافق و الوجه فى ذلك هو عدم شمول الآيه لهم فإنهم ليسوا بمؤمنين إذ الايمان عبارته عن التصديق القلبي فليس فيهم تصديق بالله و برسوله و لذا قال الله تعالى إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ لعدم تصديقهم نبوه النبي (صلى الله عليه و آله) بل هم أشد من الكفار و لذا قال الله تعالى إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ .

و بالجمله و ان قلنا ان المراد من الايمان فى القرآن غير ما هو المراد

به فى الاخبار و فى اصطلاح و ان المؤمن فى القرآن معنى أعم و لكن مع ذلك لا يشمل المنافقين لعدم ايمانهم بالله أصلا.

نعم، يصدق عليهم الإسلام لكونه مترتبا على الإقرار بالشهادتين فقط و ان لم يقارن بالتصديق القلبي فيترتب عليهم حكم الإسلام فى المعاملات، و الإرث، و الذى يوضح ذلك ان الإسلام قابل بالكفر فى القرآن فى الايات الكثيره و الايمان بالإسلام فى قوله تعالى قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ إِذْ لَوْ كَانَ الْمَرَادُ مِنَ الْإِيمَانِ هُوَ الْإِسْلَامُ لَمَا قَابَلَا فِي هَذِهِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ.

و قد منع المصنف عن بيع المخالف و لو كان منافقا نعلم كفره بدعوى ان المراد من المؤمن فى آيه نفى السبيل انما هو المقر بالشهادتين و نفيه عن الاعراب الذين قالوا آمنا و لما يدخل الايمان فى قلوبكم انما كان لعدم اعتقادهم بما أقرؤا فالمراد بالإسلام هنا ان يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر، لا الباطن، بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على ان ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيمانا فى خارج القلب، و الحاصل ان الايمان و الإسلام كانا فى زمان نزول الآيه بمعنى واحد و فيه: انه لا معنى لثبوت الايمان فى خارج القلب و إرجاع السلب فى الآيه إلى إرادته عدم دخوله من الظاهر فى الباطن و ذلك لان الايمان أمر قلبي لا معنى لثبوتته فى خارج، كما هو المقصود منه لغيره الذى عبارته عن التصديق، فليس المراد من الآيه إلا معناه اللغوى من التصديق فلا معنى للتصديق فى خارج القلب و التعبير بعدم الدخول ليس من جهة أن للايمان محلان. محل فى خارج القلب و محل فى داخل القلب، بل من جهة أن محله ليس إلا القلب و ذلك نظير قولك لما يدخل الرحم فى قلبه

فإنه من جهة ان الرحم مورد القلب ليس إلا لان هنا رحم في ظاهر القلب و رحم في باطن القلب، وهكذا السخاوه و الشجاعه و الشقاوه و غيرها من الصفات و الكيفيات النفسيه فإن التعبير بعدم دخولها في القلب من جهة عدم وجود المحل لها غير القلب كما هو واضح، لا انها تثبت في خارج النفس و من هنا ظهر ما في ذيل كلامه ان الإسلام و الايمان في القرآن بمعنى واحد إذ لو كان واحدا لم يبق وجه للمقابله بينهما.

ثم استشهد على مراده بروايه حمران بن أعين فقد ظهر جوابه مما ذكرناه أيضا، بل هي شاهده على ما ذكرناه كالاية إذ التعبير بعدم دخول الايمان في القلب شاهد على ان مورده هو القلب و ان الايمان لا يصدق بدونه و ليس مجرد الإقرار بالشهادتين ايمان، بل هو الإسلام محض كما هو واضح و قد رأيت في بعض كلمات السيد شرف الدين أيده الله تعالى ما لا بأس بنقله حيث أجاب عن قول العامه بأن أصحاب الرسول كلهم عدول بأنه لو كان ككك لزم القول بان وجود النبي (صلى الله عليه و آله) كان موجبا لفسق بعضهم و نفاق الأخر، فإن الله تعالى أخبر في كتابه بوجود المنافق بينهم الذي أسفل دركا من الكافر فإذا مات الرسول (صلى الله عليه و آله) فصار موته سببا لاتحادهم و عدالتهم مع ان الله تعالى يقول وَ مَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ فهو كلام متين في غايه المتانه.

نعم لو كان الدليل على عدم جواز البيع هو الإسلام يعلوا و لا- يعلى عليه، أو ما عن الأمير عليه السلام اذهبوا فبيعوه (اي العبد المسلم) و لا تقروه عند لشملم المنافق أيضا.

قوله: ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع.

أقول: بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر فقد استثنى منه أمور:

الأول: ان يكون البيع مستقبلا للانعتاق القهرى واقعا

كما إذا باع المسلم عبدا مسلما من الكافر و كان أباه له أو باع امه و كانت من أرحامه فإنه ينعق هذا عليه بمجرد البيع فإنه جائز بلا شبهه فإنه لو قلنا بعدم الملكيه التحقيقيه، بل مجرد الفرض و التقدير فواضح إذ ليس هنا الملكيه فضلا عن ان يلزم هنا سبيل للكافر على المؤمن و ان قلنا بالملكيه التحقيقيه انا ما أيضا كك فان تملك الكافر المسلم لا يجوز إذا كانت للملكيه أثر و كان ترتبه عليها سبيلا عليه و ليس للملكيه آنا ما اثر يلزم من ترتبه عليها سبيل عليه.

و قد استدل المصنف على عدم الجواز بدعوى ان ذلك منه على المسلم بان يباع من الكافر و ينعق عليه.

و فيه انه لو تم انما يتم موجه جزئيه لا- كليًا إذ ربما لا يلتفت الكافر بالموضوع و انه ممن ينعق عليه أو بالحكم و ان الإنسان لا يملك بعموديه فلا- يكون هنا منه أصلا و على تقدير المنه و لو موجه جزئيه فأى دليل دلّ على عدم جواز منه الكافر على المؤمن و لم يرد انه لا- منه للكافر على المؤمن، فلو كانت المنه من الكافر على المؤمن غير جائزه لزم عدم جواز الاستقراض منه مع انه جائز بلا شبهه، بل عليه جرت السيره القطعيه إلى زمان المعصومين عليهم السلام.

الثانى: ان يكون العبد المسلم ممن ينعق عليه ظاهرا

فهو على قسمين إذ قد يكون المقر به عبدا واقعا و لكن لا- يعلم انه ممن ينعق عليه واقعا أولا- الآ- أنه يجعل ممن ينعق عليه باعترافه بذلك فح يكون ذلك مثل القسم الأول فإن قلنا بالملكيه التحقيقيه انا ما فلا يكون مثلها موجبا لإثبات السبيل و الآ فالأمر أوضح.

و اخرى يتعرف الكافر بكون العبد الفلانى حرا ثم أكذب نفسه فأقدم على

بيعه فهل يحكم بصحة البيع مع عدم تسليم الحر منه بحسب اعترافه و ان كان فى الواقع عبدا و يؤخذ منه الثمن لعدم نفوذ اعترافه فى حقوق الغير أو يحكم بصحة البيع و اختار المصنف عدم الصحة بدعوى العلم الإجمالى بكونه اما صادقا فلا يصح شراء الحر و اما كاذبا فكذلك لعدم صحة شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشراء ثم عقبه بالأمر بالتأمل بعد قوله الآ ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم.

و الظاهر ان الأمر به إشاره إلى كلام صاحب الحدائق حيث فصل فى تنجز العلم الإجمالى بين ما كان فى أطرافه جامع تحقيقى يكون موضوعا للحكم و مما جعل عليه ذلك و بين ما لم يكن كذلك، بل يكون بينهما جامع انتزاعى ففى الأول يكون العلم الإجمالى منجزا كما إذا كانت النجاسة مردده بين هذا الكأس و الكأس الأخر، و كان الغصب مرددا بين هذا الثوب و الثوب الأخر.

و اما الثانى فلا يكون العلم الإجمالى منجزا، بل يكون كل من الطرفين مورد للأصل كما إذا تردد بين كون الكأس الشرقى متنجسا أو الغربى مغصوبا فإنه لم يجعل الحكم على الجامع بينهما بخلاف الأول و قد نقل المصنف كلام صاحب الحدائق فى الرسائل و جعله تفصيلا فى تنجز العلم الإجمالى ثم قال هذا إذا لم يتولد منه علم تفصيلى و الآ فلا مناص عن التنجز و عليه فمقامنا من هذا القبيل.

و لكن أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه لا وجه للبطلان على كل تقدير فإنه على تقدير صدق الاعتراف يكون كسائر الموارد التى يجوز بيع عبد المسلم من الكافر و ينعقد عليه فلا يكون العلم الإجمالى منجز كما لا يخفى.

الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق

و يقول أعتق عبدك عنى فقد مرّ فى

المعاطاه انه لا- داعى للالتزام بالملكه هنا انا ما للجمع بين الأدله حيث انها دلت على صحه استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملى و دلت على انه لا عتق إلا فى ملك فمقتضاه دخول العبد فى ملك الأمر و خروجه عنه و عليه يكون ذلك مثل العمودين فلا شبهه فى جوازه إذ ليس هذا سيلا على المسلم و انما لملكه بمقدار تصح العتق فقط نظير بيع ذى الخيار المبيع فإنه بيعه هذا يوجب دخول المبيع فى ملكه آنا ما فينتقل إلى المشتري.

و ان قلنا بعدم احتياج العتق الى ذلك و كفايه كون المعتق مالكا و ان لم يكن المعتق عنه كك فالأمر أوضح.

و منها: اشتراط العتق فى البيع.

و فيه: انه ان كان المراد منه التزلزل من جهه الشرط فهو لا- يختص بصوره الاشتراط، بل يجرى فى جميع موارد البيع الخيارى، بل الأمر فيها اولى لكون الخيار و التزلزل فيها من الأول فهذا بخلافه هنا فان التزلزل انما يثبت بعد التخلف كما لا يخفى.

و ان كان المراد من التزلزل من جهه كون المشروط له مالكا لاجبار المشروط عليه على البيع فهو موجود فى جميع موارد ملكيه الكافر للمسلم فلا يختص بصوره الاشتراط كما لا يخفى.

و بالجمله: لم تتصور وجها لهذا الاستثناء بوجه.

قوله: و اما التملك القهرى.

أقول: كما لو ورثه الكافر أو من اجبر على بيع فمات فهل ينتقل العبد المسلم بذلك الى الكافر أو استأجر على عمل فجعل اجره العبد المسلم أو غير ذلك من الانتقالات فنقول

ان كان مدرک الحكم فى أصل عدم تملك الكافر

المسلم هو الإجماع

فلا شبهه فى عدم شمول الانتقال إذ المتيقن منه هو فرض

التملك فلا يشمل صورته الانتقال.

و ان كان المدرك فى ذلك قوله عليه السلام فيبيعه و لا تقروه عنده

فهو يدل على لزوم البيع بعد التملك فلا يشمل التملك الابتدائى فضلا عن الانتقال القهرى.

و ان كان المدرك هى آيه نفى السبيل

فبناء على شمولها الملك و كونه سبيلا- أيضا فتكون معارضة بأدله الإرث بالعموم من وجه لو لم تكن مقدمه عليها بالحكومته كما تقدم فى المسأله الاولى و بعد التساقط فمقتضى القاعده كونه ملكا للإمام عليه السلام إذا الفرض ان العبد خرج عن ملك الميت و لم ينتقل الى الورشه بأدله الإرث و مقتضى الأصل هو عدم انتقاله إلى الورثه فيكون ملكا بلا مالك فينتقل الى الامام عليه السلام.

و لشيخنا الأستاذ هنا كلام

محصله ان الآيه و ان كانت معارضة بالعموم من وجه بأدله صحه العقود فى المسأله السابقه و لكن لا تجرى ذلك فى المقام لخصوصيه المورد إذ الإضافه الملكيه بين المالك و المملوك كالخيطة الذى يصير واسطه بين الشئيين فأحد طرف هذا الخيط مشدود بالمال و طرفه الآخر مشدود بالملك ففى البيع و نحوه من معاوضات المالىه تبدل المالك عن طرف الخيط و لكن يبقى طرفه الآخر على رقبه المال بلا تبدل أصلا، بحيث يزول ملكيه المالك عن الملك فيحدث له ملك آخر بالمبادله و هذا بخلافه فى الإرث فإن الإضافه الملكيه الثابته للمالك باقيه على حالها غايه الأمر ينوب الوارث عن الميت بعد موته فيقوم مقامه فتقوم الإضافه معه بلا تبدل فيها أصلا، و عليه فليس هنا ملكيه جديده ليكون هنا سبيل، فيشملة الآيه، بل الملكيه الأوليه بلا زوال أصلا.

و عليه فلا تكون الآيه معارضة بأدله الإرث، بل تكون أدله الإرث محكمه.

و فيه ان الملكيه قائمه بالاعتبار الذى لا يتحقق الا بالطرفين نظير المقولات الإضافيه، بل أخص منها فلا يعقل بقاء ذلك بارتفاع احد طرفيه بل يرتفع بارتفاعه اذن فلو قام ذلك الاعتبار بشخص آخر أو بحال آخر فيكون غير ذلك الاعتبار الاولى فهذا كالأضافات الخارجيه مثلا لو كان هنا سقف فتكون هنا فوقيه فإذا تبدل السقف بخيمه فتبدل الفوقيه الأوليه بالفوقيه الثانويه فلا تبقى على حالها مع ان لها كان نحو وجود فأمر الإضافه الملكيه أهون من ذلك فكيف يبقى بزوال احد طرفيه اذن فتكون الملكيه الحاصله للورثه ملكيه جديده و موردا للإيه كما لا يخفى فتحقق المعارضه بلا شبهه.

و على هذا فمقتضى الجمع بين الأدله كونه للإمام عليه السلام إذا الفرض انه مات مالكه الأصلى و لم ينتقل الى المالك فيصدق عليه انه مال بلا مالك فتشمله لأدله الدال على إرث الإمام عليه السلام مع انتفاء الوارث.

و لا يكون منعتقا على الميت و لا على الوارث لأصالة بقاء رقبته كما فى المتن أى لأصالة عدم حرته فيكون للإمام عليه السلام ثم اعتمد المصنف إلى الإجماع و قال ان العمده فى المسأله ظهور الاتفاقات على الإرث و قد أشكل على ذلك بوجوه الأول ان استصحاب الرقيه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى فلا يكون جاريا و ذلك من جهه ان العبيده و كونه رقا للميت زال و نشك انه صار رقا لشخص آخر اما لا فيكون مشكوك الحدوث فلا يكون الاستصحاب فيه جاريا فيكون حرا.

و فيه ان ظاهر عباره المصنف و ان كان موهما لذلك الأ- انه ليس مراده بل غرضه ان أصل الرقيه كان امرا ثابتا فنشك فى صيرورته حرا أم لا فنستصحاب ذلك الرقيه.

و بعباره أخرى أن المراد من هذا الاستصحاب هو أصالة عدم الحريه

و اما كونه ملكا لأى شخص فليس موردا للأصل كما إذا فرضنا فرشا مع عدم من يملكه فى العالم فإنه بلا مالك فلا يخرجـه ذلك عن المالىـه و ككـ نفرض العبد رقا بلا مالك فنستصحب ذلك حتى لو خلق شخص فملكه جاز، بل يجرى استصحاب العبودية للميت إذ كان هو عبدا إلى الان الأخير الذى هو آن الموت فنشك فى زواله فنستصحبها، فيكون من جملة ما تركه فلا يكون حرا، بل لا- وجه للاستصحاب أصلا إذ لا- مخرج له عن عموم ما تركه الميت فمع وجود الإطلاق اللفظى لا- يجرى الاستصحاب.

نعم، لو كان المشكوك و المتيقن هى العبودية للميت و العبودية للوارث لجرى الاشكال المذكور إذ نعلم بزوال العبودية للميت و نشك فى حدوثه للوارث فيكون الاستصحاب فيه من القسم الثالث و لكنه ليس بمراد المصنف.

الثانى: انه كما تجرى أصاله عدم كونه ملكا للوارث فكك تجرى أصاله عدم كونه ملكا للإمام عليه السلام فما الوجه فى جريان الأول و عدم جريان الثانى، فهل هو الا ترجيح بلا مرجح، فلا يثبت كونه ملكا للإمام بأصاله عدم كونه للوارث، إلا بالملازمه العقلية لانحصار الوارث بينهما فقد حقق فى الأصول عدم اعتبار الأصول المثبتة.

و فيه ان كونه ملكا للوارث بأصاله عدم كونه ملكا للإمام ليس إلا بالملازمه العقلية كما قرر فى الاشكال، فيكون الأصل مثبتا و لكن كونه للإمام (عليه السلام) بأصاله عدم كونه للوارث ليس من جهه الملازمه العقلية ليكون الأصل مثبتا، بل من جهه أنه يحرز بذلك الأصل احد جزئى الموضوع المركب اعنى عدم الوارث و الجزء الآخر فهو ما تركه الميت محرز بالأصل فتشمله عموم ما دلّ على وراثته الامام (عليه السلام) فيما تركه الميت و ليس له وارث.

و بعبارة اخرى ان ارث الإمام عليه السلام فى طول الطبقات الوارث

فبانتهاء الطبقات الأولى تنتهي النوبه إلى الطبقات الثانويه فبالأصل نحرز عدم الوارث في الطبقة الأولى، فبالوجدان تحقق ما تركه الميت، فيكون الموضوع المركب من جزئين احد جزئيه محرز بالوجدان و الآخر بالأصل محققا فتشمله أدله وارثيه الامام عليه السلام لمن لا وارث له، وهذا بخلاف في الطرف الآخر فإن إثبات الوارث بأصالة عدم إرث الإمام (عليه السلام) مثبت فلا تجرى كما لا يخفى.

و هكذا الأمر في جميع الموارد من الشبهات الحكميه و الموضوعيه.

إما الشبهات الموضوعيه كما إذا مات شخص فنشكك في وجود وارثه في الطبقة الأولى، فأصالة عدم الوارث مع صدق ما ترك على ما بقي منه من أمواله يثبت الموضوع المركب لإرث الطبقة الثانيه.

و اما الشبهه الحكميه فكما إذا تسبب أحد في قتل أبيه فنشكك ح في جواز إرثه و عدمه مع عدم وجود إطلاق يتمسك به، فالأصل عدمه فبضم الوجدان يتحقق التركة إليه يتم موضوع ارث طبقه الثانيه.

ثم لا- يخفى ما في كلام الشيخ هنا من المسامحه الواضحه حيث قال ان آيه نفى السبيل تنفى مالكيه الكافر و وجه المسامحه ان النافي لمالكيه الكافر هو الأصل دون الآيه، فان الفرض انها كانت معارضه بأدله الإرث و ساقطه لأجلها.

قوله: هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق؟

أقول: قد عرفت ان المصنف أشكل في شمول أدله الإرث للمقام، بل اعتمد في المسأله إلى الإجماع فقط، و عليه فهل الحكم ثابت في جميع النواقل القهريه أو يختص بالإرث فقط، فالظاهر هو العدم كما في المتن على حسب مبناه، فان الحكم الثابت بالإجماع يقتصر فيه على المقدار المتيقن فهو الإرث

و مع التنزل يتعدى الى سائر النواقل القهريه الغير الاختياريه و اما النواقل القهريه الاختياريه فلا.

قوله:أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره.

أقول:غرضه من اختياريه السبب و غيرها ليس كونه اختياريا للكافر الذى يريد تملكه،بل كونه اختياريا للآخر،أى المملك و الأول كالفسخ فى البيع الخيارى،بأن اشترى المسلم عبدا من الكافر ببيع خيارى و فسخ العقد فان فسخه هذا مملك للكافر قهرا بأمر اختيارى فهو الفسخ.

و الثانى:كتلف المبيع فى زمان الخيار أو قبل القبض فيما إذا كان العبد ثمنا بان باع المسلم متاعا من الكافر و جعل ثمنه العبد المسلم أو عبدا أسلم بعد البيع و ان كان كافرا قبله،فان التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض ملك للعبد من الكافر بملك جديد إلا ان الملكيه باقيه بمقدار ما و انما يستقر بالفسخ لثلا يكون ملكا جديدا كما توهم.

قوله:و منه يعلم انه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل ان يكون ولايه

البيع للحاكم مطلقا.

أقول:قد عرفت انه لا- يقر المسلم فى ملك الكافر و عليه إذا باعه فيها و إلا فيتصدى الحاكم بالبيع ثم هل للحاكم ولايه مطلقا على ذلك بحيث ليس للكافر ان يتصدى على ذلك،أو ليس له ولايه مطلقه و انما يتصدى بالبيع مع إباء الكافر عنه و احتمال المصنف الأول،بل عن الإيضاح انه تزول ملكيته أصلا و ليس له إلا استيفاء الثمن،و اختيار شيخنا الأستاذ ان يكون للحاكم ولايه مطلقه تمسكا بقوله عليه السلام فى عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا اليه ثمنه و لا تقروه عنده،فإنه لو كان أمر البيع راجعا الى الكافر لقال عليه السلام ألزموه.

ص: ١٠٥

و فيه أولاً: انه أمر غالبى إذ لا يرض المالك ببيع ماله باختياره، فلذا أمر (عليه السلام) بالبيع و يؤيد ذلك ذيل الروايه و لا تقرّوه عنده، إذ يعلم من ذلك ان الغرض عدم بقاءه عنده لا كونه مسلوب الاختيار عن ماله.

و ثانياً: الأمر بالبيع هو الأمير عليه السلام فله الولاية المطلقة على جميع الناس و أموالهم، فأمر فى مورد خاص بالبيع لا يدل على جوازه بدون اذن الكافر فى سائر الموارد، و يظهر النتيجة فى ذلك فيما لو أراد الكافر أن يزيل ملكيه عنده عنه بنحو خاص كبيعه لشخص خاص من المسلمين أو وقفه على جهه خاص و هكذا فعلى القول بجواز تصديه بالبيع فله الاختيار فى إزاله ملكيته بأى نحو شاء و على القول بكون الولاية للحاكم فليس له ذلك بل الاختيار التام فى يد الحاكم فليس له إلا استيفاء الثمن ليس إلا.

و اما كلام الإيضاح من زوال الملك بنفسه و ليس للمالك إلا استيفاء الثمن مخالف للنص و الفتوى كما لا يخفى.

و الحق ان سلطنه البيع للمالك لعموم دليل السلطنه و انه ليس محجوراً فيها و توهم كونه سيلاً فاسد إذ لا يصدق السبيل على ازاله الملك بالجبر و الالتزام، بل هو ذله عليه من الشارع المقدس فيكيف يكون سيلاً.

قوله: و كيف كان فإذا نواه المالك بنفسه، فالظاهر انه لا خيار له.

أقول: فإذا وجب البيع للمالك سواء تصدى اليه بنفسه أو تصداه الحاكم فهل يجوز جعل الخيار فيه أو نقله ببيع غير لازم كالمعاطاه بناء على عدم إفادته إلا الملك المتزلزل أو لا يجوز، بل لا بد و ان ينتقل ببيع لازم كما لا يخفى، ذهب المصنف الى عدم ثبوت الخيار هنا لتقدم آيه نفي السبيل على أدله الخيارات كما تقدمت على أدله البيع حكومه و خالف فى ذلك مع صدقكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعاً للدروس قال لان العقد لا يخرج عن

مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لا لتفاء المقتضى لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان البيع معاطاه فهى على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

و يرد عليه ما فى المتن من ان نفي السبيل لا يخرج منه الا الملك الابتدائى الخ.

و ربما قيل بابتناء الحكم على ان الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد، فان قلنا بالأول ثبت الخيار لان فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كان الملكيه الحاصله غير السابقه فإن الشارع لم يمضها.

و قد ذكرت الشافعيه هذه فى مواضع متعدده منها فى بيع المعاطاه بناء على كونها مفيده للملك الجائز ذكروا ان ما انتقل بالمعاطاه لو انتقل الى غيره بعقد جائز كالهبة ثم ارجع ذلك بالفسخ، فهل يبقى الحكم الاولى أو لا؟ فذكروا هنا هذه القاعده و منه ما نحن فيه.

و لكن لا يبتنى ذلك على أساس صحيح، إذ بعد ثبوت الحكم له بآيه نفي السبيل لا وجه للفسخ بتوهم ان الزائل العائد كالذى لم يزل و بعدمه لأنه كالذى لم يعد، و بالجملة فلا بدّ من الاقتصار فى تخصيص الآيه على القدر المتيقن، نعم مثل هذه العبارات لها صورته لفظيه فقط ليس الا كما لا يخفى.

قوله (ره): و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر

من جهة قوه أدله نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم.

أقول: فيصّل المصنف هنا بين ما كان دليله نفي الضرر و ما كان دليله غير نفي الضرر، فاما الخيارات التى دليلها غير دليل نفي الضرر، فحكم

بتقديم آيه نفى السبيل على أدله الخيارات كتقدمها على أدله البيع، فلا يثبت الخيار للمسلم أو للكافر لكونه موجبا لتملك الكافر العبد المسلم فهو سبيل منفي، نعم لا بأس بثبوت الأرش في مثل خيار العيب إذ ليس في مطالبه الأرش سبيل.

و اما الخيارات التي تثبت بأدله نفى الضرر فنقول فيها بثبوت الخيار في البيع للمسلم دون الكافر من جهة قوه أدله نفى الضرر فيثبت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع و لكن مع ذلك لا يثبت للكافر خيار فان هذا الضرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم الا ما خرج بالنص و الا لكان مالكا، فالضرر مبين على اقدمه و بالجمله ان هنا تفصيلا ان يكون الثاني مترتبا على الأول و ان شئت فقل ان هنا تفصيل واحد منحل الى تفصيلين.

و يرد عليه وجوه على ما ذكره شيخنا الأستاذ و ان لم يرد بعضها الأول انه لو كان الدليل هو أدله نفى الضرر فلا يفرق في ثبوت الخيار بها، بين المسلم و الكافر، بل يثبت لهما، و ذلك لان إيجاد المقدمات الإعداديه للضرر لا يوجب منع شمول أدله نفى الضرر على الأحكام الضرريه المتوجهه على ذلك الشخص المعدّ لمقدمات الضرر، بل المناط في شمولها لموضوعها كون الحكم الشرعي ضروريا على المكلف بحيث يلزم من الالتزام و التكليف ضرر عليه، و عليه فالكافر و ان كان بنفسه هيا مقدمات الضرر و كفر باختياره و لكن لا يمنع ذلك عن شمول أدله نفى الضرر لما ترتب على ذلك المقدمه الإعداديه أعنى الحكم ليكون البيع العبد المسلم عليه لازما و لو كان ضروريا، بل هذا الحكم الضرري يوجب خياريه العقد فيثبت له الخيار أيضا و لو كان إيجاد المقدمات الإعداديه للضرر موجبا بمنع شمول أدله الضرر

عليه فلزم القول بعدم شمولها لأمثاله في سائر الموارد أيضا، مثلا- فلو لم يتحفظ المكلف نفسه من البرد فمرض فلازم ما ذكره المصنف عدم ارتفاع الأحكام الضرريه عنه لعدم شمول أدله نفى الضرر عليه.

و كذلك إذا لم يتسهر فعجز عن الصوم و لزم منه ضرر عليه فلازمه عدم جواز الإفطار لكون الضرر مبني على مقدمه إعداده هياها بنفسه، و هكذا إذا سافر الى مكان لزم الصوم فيه أو إتيان أمر واجب ضرر عليه للحراره أو للبروده أو غيرهما فلازم ما ذكره المصنف هو عدم شمول أدله نفى الضرر عليه و هكذا ففي المقام ان الكافر و ان كفر بنفسه و استعد لتوجه الضرر عليه و لكنه لا يمنع عن توجه أدله نفى الضرر عليه و شمولها له كما هو واضح.

و بالجمله لو ثبت الخيار لأدله نفى الضرر فيثبت لهما و إلا فلا يثبت لهما فلا وجه للتفصيل فاختيار أحد أطراف الأمر التخيري ليس بضرر مع اختياره الطرف الأخر و لكنه ليس بتمام و كلام المصنف تمام من هذه الجبهه.

و ذلك من جهه أن الاحكام الضرريه و ان ارتفعت بأدله نفى الضرر سواء ترتبت على المقدمات التي أوجدها شخص المتضرر أو لا- و لكن ما نحن فيه ليس كك فان جواز الفسخ الذي هو معنى الخيار الموجب لتملك الكافر و هكذا بجواز بيع العبد المسلم منه مشروط بإسلام الطرف و إلا فلا يجوز فحيث ان الكافر فاقد لهذا الشرط مع كون تحصيله في اختياره فلا يجوز فسخ عقده و ان كان الفاسخ مسلما فعدم جواز الفسخ للكافر و جوازه للمسلم ليس ضروريا على الكافر، فان في قدرته ان يسلم و يفسخ، و لكن باختياره يختار البقاء على الكفر و هذا نظير اشتراط البيع بالخروج من الدار مثلا، و إلا فلا بيع، فلا يقال ان من لم يخرج منها مضطر الى البيع إذ هو باختياره لم يخرج و هكذا و هكذا.

نعم، لو كان الأمر منحصرًا بالفسخ في حال الكفر فقط و مع ذلك منع عن الفسخ يكون ذلك ضروريًا عليه فليس كك و هذا نظير ما كان التوضي بالماء البارد ضروريًا و كان عنده ماء ان، فلا يتوهم ان الوضوء ضرر عليه فيرتفع بأدله نفي الضرر، بل هو متخير بين الأمرين فمع اختيار أحدهما يكون الحكم ضروريًا عليه لا مطلقًا ففي المقام أيضا كك.

و الحاصل: ان الضرر لا يترتب على الكفر الذي توهم كونه من المقدمات الإعدادية للضرر، بل الضرر مترتب على ترك الإسلام و عدم قبوله و هو باختياره ترك الإسلام فلم يتمكن من الفسخ و إلا لجاز فسخه لو اختار الإسلام.

الثاني: ما ذكره من أن أدله نفي الضرر لا يمكن ان يكون دليلًا لشيء من الخيارات، كما سيأتى في بابها لعدم تكفلها على إثبات الحكم، و انما مفادها رفع الحكم الضرري فقط، و انما دليل مثل خيار الغبن و نحوه الذي توهم كونه أدله نفي الضرر دليلًا له هو الشرط الضمني الذي يثبت الخيار من جهه التخلف به كما هو واضح.

الثالث: لو سلمنا كون أدله نفي الضرر صالحًا للدليليه على بعض الخيارات و لكن ليس مقتضاه ثبوت الخيار هنا و توضيح ذلك انه لو قلنا بعدم حكمه آيه نفي السبيل على أدله البيع و الخيارات كما منع عنه المصنف فيما تقدم حيث قال و حكمه آيه نفي السبيل على أدله البيع غير معلومه، فح تقع المعارضه بينهما في مورد بيع العبد المسلم من الكافر و فسخ البيع الموجب لتملك الكافر العبد المسلم معارضه العموم من وجه، فح تصل النوبه الى الأصل العملي فهو في المقام استصحاب لزوم العقد اذن فيتقدم عليه دليل نفي الضرر فيثبت ما ذكره المصنف إلا أنه لم يقل به المصنف، فان قلنا بالحكمه كما هو ظاهر المصنف، و ان كان منع عنه سابقًا و لكن ظاهر كلامه

العدول عنه بعده بان تكون آيه نفي سبيل حاكمه على أدله الخيارات و البيع كحكومه ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ عَلَى الاحكام الرجحيه فح تقع المعارضه بينها و بين أدله نفي الضرر لكون كل منهما حاكما على الأدله الأوليه فالمعارضه بين الدليلين الحاكمين إذ الآيه تنفي الخيار لكونه موجبا لتملك الكافر المسلم و سيلا عليه و أدله نفي الضرر تثبتة لكون لزوم ضرريا فح لا وجه لتقديم أدله نفي الضرر على الآيه من جهه قوه أدلتها لعدم الوجه على قوتها، اما من حيث السند فالايه مقطوعه الصدور بخلاف أدله نفي الضرر فإنها غايه الأمر موثقه و اما بحسب الدلاله فكك أيضا لأن المفروض أن الآيه شامله لموارد تملك الكافر المسلم فلو لم تكن الآيه متقدمه على أدله نفي الضرر لقوتها فلا تتقدم أدله نفي الضرر عليها لذلك كما لا يخفى، فافهم.

ثم ان هنا توهمًا أشار إليه العلامة في القواعد و لم يسبقه أحد من انه لو باع الكافر العبد المسلم من المسلم فوجد في الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن و اما استرداد العبد ففيه نظر، بل يرد بدله و الا يلزم السبيل المنفى بالآيه.

و أجاب عنه المصنف بان في ردّ البدل أيضا سبيل و لذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعق على المشتري و لو لا هذا لأمكن توجيه كلامه ان مقتضى الجمع بين الأدله و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمه فيكون نفي السبيل مانعا شرعيا من استرداد الثمن كنقل المبيع في زمن الخيار و كالتلف الذي هو مانع عقلي.

و اما ما ذكره المصنف فلا وجه له بوجه فان استحقاق الكافر البدل ليس سيلا على المسلم و الا لزم كون استيفاء الثمن أيضا سيلا و أما سقوط الخيار

فى بيع من ينعقد على الكافر فمن جهه عدم قابليه المورد لذلك لصيرورته حرا بمجرد البيع فلا يبقى مجال للرجوع الى البدل أيضا، واما مطالبه قيمه فى التلف فى زمن الخيار أو النقل فيه الذى لا يمكن ردّ العين فيه فمن جهه ان للمالك حق مطالبه عين ماله فحيث لا يتمكن منه فيطالب ببدله لا أن له الخيار بحيث يفسح العقد و يطالب ببدله أو قيمته فإنه لا دليل عليه بوجه كما هو واضح.

و أما ما أفاده العلامة ففيه انه ان ثم دليل الخيار فيسترد العين و الآ فلا، و اما ردّ القيمة فلا مقتضى له أصلا ثبت له الخيار أم لم يثبت و محصل الكلام من الأول و تحقيقه و نتيجه فى المعاملات فهو اما انه تاره نقول باختصاص الآيه بنفى الجعل تكويننا بمعنى ان الكافر ليس له سبيل تكويننا على المؤمن كما استفيد ذلك من الآيه صدرا و ذيلا و بإتيان النفى بلن و حيث ليس فى الدنيا كك فتختص بالأخره خصوصا بقرينه قوله تعالى **اللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ** و على هذا فتكون آيه أجنبيه عن المقام بالكلية.

و اخرى نقول باختصاصها بالنفى التشريعى، أى لن يجعل الله فى عالم التشريعى سبيلا للكافر على المؤمن، فتكون ح حاكمه على جميع الأحكام الأوليه كحكومه نفي العسر و الحرج عليها و على هذا فان لم تشمل الملكيه أو شككنا فى شمولها عليها فكالأول فلا تشمل المقام، و ان كانت شامله عليها لكون ملكيه الكافر على المسلم سبيلا عليه، و سلطنه عليه فكما تكون حاكمه على سائر الأحكام، فتكون حاكمه على العمومات الداله على حصول الملك كأوفوا بالعقود، و نحوه، فلا يجوز بمقتضى الآيه بيع العبد المسلم من الكافر و تملكه له إلا فيما دل دليل الخاص على جواز التملك

كما ادعى الإجماع على ذلك في الإرث و اما في غير موارد الإجماع و عدم الدليل على التملك فتكون آية نفي السبيل محكمه كاذب اليه المصنف.

و ان كانت الآيه شامله لكل من نفي الجعل التشريعي و التكويني بإرادته الجامع من السبيل الشامله لهما و شملت للملكيه أيضا فلا تكون الآيه حاكمه على سائر الاحكام و لا على أدله صحه المعاملات فان حكومتها عليها في فرض اختصاصها بالنفي التشريعي و على فرض اراده الجامع فيكون النفي التشريعي من مصاديق الآيه، و حينئذ تقع المعارضه بينها و بين أدله صحه المعاملات «ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالعموم من وجه فحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضعي لكونه جمعا محلا باللام، و عموم الآيه بالإطلاق لكونه من جهه وقوع النكره في سياق النفي الذي ثبت عمومته بمقدمات الحكمه فيكون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مقديما على آيه نفي السبيل إذا فيحكم بجواز بيع العبد المسلم من الكافر.

هذا كله في المعاملات التي تقدمت، و اما الخيارات فأیضا أن أريد من الآيه خصوص النفي التكويني فتكون أجنبيه عن المقام، و ان أريد منها النفي التشريعي فتكون حاكمه أيضا على جميع الاحكام و مع ذلك لو لم تشمل للملكيه أو شككنا في شمولها لها فتكون أجنبيه عن المقام أيضا فلا تكون حاكمه على أدله الخيارات كما لم تكن حاكمه على أدله البيع أي أجنبيه عن ما نحن فيه.

و ان قلنا بشمولها للملكيه أيضا فتكون حاكمه على أدله الخيارات كما كانت حاكمه على أدله المعاملات فيحكم بلزوم البيع و لزوم سائر المعاملات الواقعه عليها عند نقل الكافر ذلك من ملكه الى غيره.

و ان قلنا بعموم الآيه للنفي التكويني و التشريعي بإرادته الجامع من

السييل فلا تكون حاكمه، ح على أدله الخيارات كما تقدم فى المعاملات بل تقع المعارضه بين الآيه و بين أدله الخيارات بالعموم من وجه و بما انا ذكرنا فى الأصول انه إذا تعارضه الآيه مع الروايات بالعموم من وجه تتقدم الآيه على الروايه لشمول الأخبار المتواتره الإيمره بطرح ما خالف كتاب الله أو أنه لم نقله أو زخرف الى غير ذلك من المضامين لصوره المعارضه بالعموم من وجه فإذا تتقدم آيه نفي السبيل على أدله الخيارات.

و لكن لا تجرى هذه الكبرى فى خصوص المقام و لا تنطبق عليه و ذلك من جهه انا لا نحتمل جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عدم جواز فسخه العقد، بل إذا جاز البيع جاز الفسخ بطريق اولى و هذا بخلاف العكس، فإنه يمكن الالتزام بجواز الفسخ و لا نلتزم بجواز البيع و على هذا فتقديم الآيه على أدله الخيارات يستلزم عدم جواز الفسخ و قد قلنا بجواز البيع بتقديم دليل الوفاء بالعقد على آيه (نفي السبيل) و على هذا لو قدمنا الآيه على أدله الخيارات فلزمه تقديمها على أدله البيع أيضا، لوقوع المعارضه بين الآيه «نفي السبيل» و بين آيه «أَوْفُوا» بالملازمه المذكوره فحيث عرفت أن عموم آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بِالْوَضْعِ وَ عَمُومِ آيَةِ نَفْيِ السَّبِيلِ بِالْإِطْلَاقِ، فَتَكُونُ آيَةُ أَوْفُوا، مُقَدِّمَةً عَلَى آيَةِ نَفْيِ السَّبِيلِ فَتَكُونُ أَدْلُهُ الْخِيَارَاتُ مُتَقَدِّمَةً عَلَيْهَا لِتَعَاظِدِهَا بِآيَةِ «أَوْفُوا» .

و بالجمله عند معارضه الآيه مع الروايه بالعموم من وجه و ان كانت الآيه مقدمه على الروايه و ليس ذلك لتعارض الآيتين ليحكم بالتساقط لو لم يكن فى أحدهما ترجيح بحسب الدلاله و لكن إذ تعاضدت الروايه بآيه تكون تلك الآيه فى نفسها عند معارضتها بآيه الأخرى المعارضه مع الروايه مقدمه عليها فقهرت الروايه أيضا مقدمه على الآيه لأجل تلك المعاضده، كما

اذن فلا بد من العمل بأدله الخيارات فيثبت جواز الفسخ للكافر و للمسلم كليهما، كما كان جواز البيع ثابتا لهما بان يبيع المسلم العبد المسلم من الكافر، غايه الأمر بمجرد الفسخ يجبر على البيع ثانيا كما انه يجبر على البيع مع الشرى ابتداء.

هذا كله بالنسبه إلى أدله الخيارات غير ما إذا كان المدرك هي قاعده لا ضرر، فلا شبهه أن كل واحد من قضيه لا ضرر و آيه نفى السبيل يكونان حاكمتين على الأدله الأوليه فى عرض واحد و تقع المعارضه بين الدليلين الحاكمين بالعموم من وجه فما ذكره المصنف من تقديم أدله نفى الضرر لقوته على الآيه بلا وجه، بل لا بد من تقديم الآيه على القاعده بناء على ما ذكرناه من لزوم تقديم الآيه على الروايه عند المعارضه بالعموم من وجه و يتساقطان فتصل النوبه إلى أدله صحه البيع و لزومه، لان المانع عنه انما كان هو دليل نفى السبيل للحكومه فإذا ابتلى بالمعارضه فانتفى العموم الدال على الزوم.

و لكن لخصوصيه المورد أيضا لا- بد من تقديم قاعده لا- ضرر على الآيه لمعارضتها بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان تقديم آيه «نفى السبيل» بالملازمه تنفى تقديم آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان نفى الخيار و الحكم بلزوم البيع بآيه نفى السبيل تقديمها على دليل الوفاء بالعقود إذ لا يحتمل الالتزام بعدم جواز الفسخ و الالتزام بجواز البيع، بل لو التزمنا بعدم جواز الفسخ فعدم جواز البيع اولى كما تقدم، اذن فالمعارضه بين آيه «نفى السبيل» و قاعده «لا- ضرر» المعارضه بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضعى و عموم آيه نفى السبيل إطلاقى، فيتقدم على آيه نفى السبيل فيحكم بجريان الخيار فى بيع العبد المسلم على الكافر للمسلم و الكفار بناء

على صحه كونها مدركا لثبوت الخيار.

فتحصل أنه لا- دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عليه ففي كل مورد تحقق الإجماع على المنع كما فى البيع ابتداء فيتبع و الآ فىحكم بالجواز، كالفسخ، إذ لا نطمئن بشمول الإجماع للفسخ أيضا، فإذا فسخ الكافر العقد و تملك العبد ثانيا فأجبر على البيع أيضا ثانيا كما لا يخفى.

استدراك مما تقدم و هو انا ذكرنا تقديم عمومات الصحه على آيه نفي السبيل عند معارضتها معها أو بأدله الخيارات و كذلك ذكرنا تقديم أدله نفي الضرر على آيه نفي السبيل عند حكومتها و حكومه آيه نفي السبيل على سائر الأدله الآ أن هذا الأخير ممنوع، إذ بعد حكومه الآيه مع أدله نفي الضرر على سائر الأدله لا وجه لمعارضه أدله نفي الضرر بالعمومات بالملازمه كما كان هو الميزان فى تقديمنا أدله المضار عليه غيرها.

فى حرمه بيع المصحف من الكافر

قوله: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر.

أقول: ان قلنا بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و كان المدرك فيه هو الإجماع، فلا شبهه فى عدم شموله للمصحف و لا يمكن التعدى من مورده الذى هو المتيقن منه، و ان كان المدرك الآيه أو الروايات، فقد ادعى شمولها بالمصحف بالأولويه القطعيه الآ أنها ممنوعه كما هو واضح.

و توضيح ذلك ان محل الكلام هنا انما هو مطلق نقل القرآن الى الكافر و لو بالهبه و الإرث، بل لو ملكه المسلم فكفر فهو أيضا داخل فى محل النزاع حتى لو كتبه فى قرطاس و نحوه و الآ قد منع بعضهم كالمصنف و غيره من

الأعظم من بيع المصحف من المسلم أيضا.

ثم ان هذا فيما لم يكن النقل مستلزما للجهات الخارجيه الطاريه على النقل من مثل الهتك أو مس اليد، و إلا فيكون داخلا فى بيع المباح ممن يعلم أنه يصرفه فى الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا و بيع الخشب ممن يعلم أنه يصنعه صليبا أو صنما.

و بالجمله فمحط البحث هنا ما إذا كان النظر الى مجرد النقل فقط كأن اشتراه الكافر مثلا ليقفه على المسلمين أو يجعله فى مكتبه أو يحفظه فى صندوق و نحو ذلك، و أما لو اقترن الى الجهات الخارجيه فلا- إشكال فى الحرمة من غير اختصاص له بالكافر أصلا، ثم لا وجه للحكم بالكراهه هنا كما توهم، بل ان تم الدليل فيحكم بالحرمة و إلا فيحكم بالجواز بلا كراهه.

ثم ان كان مدرك الحكم فى حرمة بيع العبد المسلم من الكافر هو الإجماع فلا شبهه فى عدم شموله للمصحف لكونه دليلا لبيئا فيراد به المتيقن و ان كان المدرك هو آيه نفى السبيل أو الروايات فيستدل بها على المقام بالفحوى كما سلكه المصنف و هو من ان الوجه فى ذلك هو لزوم مراعاة احترام المؤمن احتراما يقتضى نفى سبيل الكافر عليه و هو يستدعى بالأولويه القطعيه حرمة بيع المصحف أيضا، إذ هو أعظم احتراما و درجه من المؤمن، بل عليه يدور أساس الإسلام، بل لو دار الأمر بين حفظه و حفظ آلاف من المؤمنين يكون حفظه مقدما عليهم كما كان الأمر كذلك من صدر الإسلام و بدوه.

و على هذا فإذا نفى سبيل الكافر على المؤمن فبالأولويه ينفى سبيله على القرآن أيضا فيحرم نقله إليه بأى عنوان كان.

و فيه أولا نمنع كون مناط المنع فى البيع العبد المسلم من الكافر هو الاحترام

و حفظ شئون المؤمن، بل يمكن ان يكون الوجه فيه هو شىء آخر و هو مبغوضيه نفس تملك الكافر أو حكمه أخرى لا سبيل لنا إليها.

و على تقدير قبول المناط فنمنع الأولويه فى ذلك إذ لا نسلم ان يكون احترام مطلق القرآن أولى من احترام المؤمن، بل انما هو نشأ من الخلط و الاشتباه إذ ما يجب احترامه و فداء النفوس له و الجهاد لحفظه انما هو القرآن الكلى الجامع بين الأشخاص بحيث بزواله زال الدين و انهدم شريعته سيد المرسلين و قد استفدى بذلك الأنبياء و الأوصياء و نفوسهم فضلا عن المؤمنين، بل ما من إمام الا و قد قتل لإحياء القرآن و قوانينه و هذا أمر واضح لا شبهه فيه.

و أما كون حفظ شخص القرآن المطبوع فى مطبعه فلانيه أولى من المؤمن غير معلوم، بل معلوم العدم، فان حفظ المؤمن أعظم درجه من ذلك و لا- نحتمل ان بشك أحد فى أنه لو دار الأمر بين إتلاف قرآن بإلقائه بالحبل المشدود فيه لإنقاذ مؤمن و بين تلف المؤمن أن إنقاذ المؤمن مقدم، و كذلك لو دار الأمر بين موت مؤمن جوعا و بين إتلاف القرآن لحفظه فلا شبهه فى كون الأول مقدا على الثانى.

و بالجملة ما يكون حفظه أولى من حفظ المؤمن فخارج عن محلا الكلام و ما ليس كذلك فلا نسلم الأولويه فيه.

على أنه ربما يكون البيع موجبا للاحترام إذ كثيرا ما يطالعه و يهتدى به فلو لم يباع كيف يطلع على قوانينه الوافيه يهتدى به فاحترامه يقتضى البيع لعله يوجب الإرشاد و توهم استلزامه الهتك مدفوع لما عرفت ان محل الكلام انما هو مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كما لا يخفى.

و على تقدير ثبوت الحكم هنا، فهل يثبت فى الاخبار المتواتره فيه

خلاف، ولا شبهه في عدم الشمول لو كان المدرك هو الإجماع لعدم شموله للمصحف، فضلا عن شموله للأخبار المتواتره.

و أما لو كان مدرك الحكم هي الآيه أو الروايات فأیضا لا تشمل الأخبار المتواتره لعدم الأولويه هنا قطعا لو كانت ثابتة في المصحف بل يكفينا الشك كيف فهل يتوهم أحد أنه إذا دار الأمر بين حفظ النفس و بين حفظ الخبر المتواتر أن يحفظ الخبر المتواتر مقدم.

و على تقدير ثبوت الحكم في الخبر المتواتر فلا يشمل الخبر الواحد، فان مجرد الحجیه لا یوجب ثبوت جميع الاحكام عليه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ ثم العجب من المصنف حيث استشكل في دليل الحكم و استحسن ما ذكره فإنه لا ندرى انه بعد التأمل في المدرك هل الفتوى بلا دليل حسن و هو أعرف بالحال.

القول في شرائط العوضين

قوله: يشترط في كل منهما كونه متمولا.

اشاره

أقول: محصل كلامه أن من جمله شرائط العوضين أن يكون متمولا لأن البيع في اللغة مبادله مال بمال، و بهذا يحترز عما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان لخستها، و كذلك مثل الحبه من الحنطه فما لم يتحقق في الشيء التمول و الانتفاع به فأحرز كونه أكلا للمال بالباطل عرفا، فالظاهر فساد معامله و ان لم يحرز فيه ذلك، فان ثبت بدليل أو إجماع انه لا يجوز بيعه أخذ به و الآ فیرجع الى عمومات صحه البيع و التجاره و الى الروايه الخاصه و هي قوله عليه السلام في روايه تحف العقول و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح

ص: ۱۱۹

من جهه من الجهات فكل ذلك حلال بيعه و شراؤه.

و فى كلامه مواقع للنظر،

الأول: اعتبار المالىة فى العوضين فى البيع

لقول المصباح و ذلك لعدم حجيّه قوله، يكفى فى صحه المعامله على ما ليس بمال مجرد الغرض الشخصى، كما إذا اشترى مكتوبه جده بقيمه عاليه للإيقاع مع عدم كونها قابله للمعاوضه أو اشترى خنفساء بقيمه أو عقربا بقيمه كذا، للجل المداوى و نحوها كما لا- يخفى، و قد تقدم فى أول البيع جواز كون الحقوق ثمنًا فى المعامله بأن باع شيئًا ليرفع المشتري يده من حقه الفلانى صحيح و الوجه فى ذلك كله هو ان البيع تبديل بين الشئيين برفع اليد عن أحدهما و جعل الآخر موردا للحق كما لا يخفى، فغايه الأمر يمنع ذلك عن التمسك بعمومات ما دلّ على صحه البيع بالخصوص، و اما ما دلّ على صحه مطلق العقود و التجاره عن تراض فلا- إذ لا- شك فى صدق التجاره عن تراض، و العقد على المعامله الجاريه على ما ليس بمال لما عرفت فى بعض تنبهات المعاطاه أن فى العرف لا- يصدق عليه البيع، بل الثمن و المثلن على العوضين بل يصدق عليه مجرد المبادله و المعاوضه كتبديل ثوب بثوب و عباء بعباء، و هكذا، و لا شبهه فى صحه ذلك ل **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، و **تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ**، و السيره القطعيه كما هو واضح.

و الثانى: ما التزم به من انه مع الشك فى التمول إن أحرز كون المعاوضه

أكلا للمال بالباطل فيكون فاسدا.

و وجه الضعف انه بناء على كون المراد من الآيه ما فسر به المصنف من اراده المعامله السفهيه كالمعامله على ما لا نفع فيه، و الغرض عما ذكرناه من كونهما ناظره إلى الأسباب انه لا يجتمع احتمال المالىة مع صدق الأكل مال بالباطل، إذ معنى صدق أكل المال بالباطل انه ليس بمال ليكون أكل

ص: ١٢٠

المال بإزائه أكلا له بالباطل، و معنى الشك فى التمولى احتمال كونه مالا فما يحتمل فيه مالته لا يكون من أكل المال بالباطل.

الثالث: ما تمسك به بعد عدم إحراز كونه من أكل المال بالباطل من

العمومات،

و حكمه بالصحة بها، و بروايه تحف العقول، و وجه الضعف أما روايه تحف العقول فقد تقدم الكلام فى ضعفها و اضطرابها.

و أما العمومات، فالتمسك بها مع الشك فى التمولى الموجب للشك فى صدق البيع تمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه كما هو واضح.

قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين.

أقول: لم يعتبر المصنف الملكيه فى العوضين ليحترز بها عن غير الملك كما هو واضح.

و دعوى اتحاد الملكيه و المالىه فاسد إذ بينهما عموم من وجه و الشىء قد يكون ملكا و لا يكون مالا كجبه من الحنطه و قد يكون مالا و لا يكون ملكا لأحد كالمباحات الأصلية و قد يجتمعان فاعتبار المالىه لا يدل على اعتبار الملكيه.

بل لا وجه لاعتبار الملكيه فى العوضين أصلا، إذ البيع ليس الأبدال بين الشئين يقطع علاقه كل من المتبايعين عنهما و احداث علاقه أخرى فيهما و قد تقدم فى أول البيع جواز كون الحق ثمنا فى البيع كأن يبيع شيئا على ان يرفع المشتري يده عن حقه كالتحجير و غيره من الحقوق.

و يدل على ذلك جواز بيع الكلى فى الذمه مع انه ليس ملكا لأحد أصلا و انما تحصل الملكيه للمشتري بالشرى و يملك على ذمه البائع و من هنا نقض الامام عليه السلام على العامه لعدم قولهم بصحة بيع الكلى ببيع السلم لأنها من واد واحد كما تقدم فى الاخبار المتقدمه فى البيع الفضولى.

نعم، تعتبر الملكيه فى البيوع الشخصيه للاخبار الخاصه من قولهم

عليهم السلام لا تبع ما ليس عندك كبيع مال الغير قبل الشرى و بيع الطير فى الهواء و السمك فى البحر، قبل الاصطياد، فإنها من قبيل بيع ما ليس عنده و من أظهر مصاديقه فلا شبهه فى بطلانه.

بل، يمكن ان يقال بعدم اعتبارها فى الأعيان الشخصيه أيضا إذ معنى قولهم لا تبع ما ليس عندك هو ان ما ليس بمقدور التسليم لا يجوز بيعه بوجه، لا انه يجب ان يكون مملوكا للبائع.

و اما قولهم عليهم السلام لا- بيع إلا فى ملك، فقد تقدم فى بيع الفضولى ان المراد من الملكيه ليس ملكيه العين الشخصيه، بل المراد منها مالكيه البائع، التصرف من البيع و نحوه ككونه وليا للمالك أو وكىلا أو مأذونا من قبله و هكذا.

ثم انه على تقدير اعتبار الملكيه فى العوضين لا- وجه للاحتراز بها عن الأرض المفتوحه عنوه، فإنها ملك بلا اشكال، نعم ليس بطلق فإذا أريد الاحتراز عنها فلا بد من تقييد الملك بالطلق كما هو واضح.

ثم بين المصنف أقسام الملك من أنه:- تاره يكون طلقا لأحد كالأملاك الخاصه.

و أخرى لا- يكون ملكيه العين طلقا، و انما يكون تملك بمنافعه طلقا، كالأوقاف الخاصه، حيث انها ليست ملكا طلقا لأحد من الموقوف عليهم و لكن منفعتها ملك طلق لهم، و لهم مالكيه مطلقه لذلك.

و ثالثه: لا تكون ملكيه العين و لا ملكيه المنفعه طلقا لأحد، و لكن إذا قبضت المنفعه تكون ملكا طلقا للقابض كالأوقاف العامه إذ هى و منافعها ليست ملكا طلقا لأحد و لكن إذا قبضوا منفعه يكون ملكا لهم بلا شبهه.

و رابعا: ان لا يكون ملكا طلقا لأحد لا عينا و لا نفعا و لكن إذا قبضوا

تكون العين و المنفعه كليتهما ملكا للقبض و ذلك كحق الساده و الفقراء فى الزكاه، و فى الخمس إذ هما ليسا ملكا طلقا لأحد منهم، بحيث إذا مات أحدهم فليقم وارثه مقامه إذ المالك هو الكلى فهو باق على حاله و انما ملك كل منهم العين و نفعها بعد القبض ملكا طلقا، و اما سهم الامام عليه السلام ففیه خلاف.

فالأراضى المفتوحه عنوه خارجه عن جميعها، أما عدم كونها ملكا طلقا لأحد فواضح، و اما عدم كونها من سائر الأقسام فأیضا كذلك فإنها لا تكون ملكا لأحد قبل القبض و بعده، و انما منافعها تصرف فى مصالح المسلمين.

الكلام فى أحكام الأراضى

اشاره

ثم ان المصنف نقل الكلام إلى أقسام الأراضى لمناسبه ذكر بعض أقسامها و قد ذكرنا فى آخر المكاسب المحرمه و حاصل الكلام هنا

ان الأراضى على

أربعة أقسام:

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعماره.

الثانى: أن تكون معموره بالأصالة لا بمعنى كونها معموره عند الخلقه و قبل خلق الخلق، بل بمعنى كونها معموره بلا معمر كرؤس الجبال و بطون الأوديه و الأشجار فى البحر و البر.

الثالث: ما عرض له الموت بعد الحياه كأرض الكوفه، بل ارض العراق إذ كانت أراضى معموره و لذا كانت تسمى بأرض سواد.

الرابع: ما عرض له الحياه بعد الموت.

فهذه هى الأقسام الأربعة.

أما القسم الأول أى ما يكون مواتا بالأصالة

و الكلام فيه من جهات:

أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام

للإجماع المحصل

و المنقول و عدم الخلاف بين الفقهاء، و للأخبار الكثيره، و فى المتن أنها مستفيضه بل متواتره.

و فيه أن أصل الحكم و ان كان مسلما و مجمعا عليه بين الفقهاء كما عرفت و لكن الأخبار الوارده فيها ليست مستفيضه فضلا عن كونها متواتره و ذلك لأن جملة منها وارده فى الأرض الخربه التى باد عنها أهلها و بقيت خربه فهى أجنبيه عن المقام، فان كلامنا فى الموات بالأصل لا- ما يكون ككك بانجلاء أهلها و لذا عنوانها فى وسائل فى باب الخمس بعنوان آخر فما هو موات بالأصل لا- تطلق عليه الخربه، و روايه واحد وارده فى خصوص الأرض الموات فى باب احياء الموات من وسائل فلا تحقق بها الاستفاضه و التواتر.

نعم، فى جملة من الروايات فى ج ٢ وسائل باب الأنفال من الخمس الأرض التى ميتة لا رب لها فهى للإمام عليه السلام، فلا شبهه فى شمولها للموات من الأرض من غير اباد أهلها و لكنها ليست بمتواتره أيضا و لا مستفيضه.

نعم، لو كان المراد بالاستفاضه هو كونها ثلاثه أو أربعة فلا بأس بإطلاق المستفيضه عليها.

و بالجملة ان الغرض بيان عدم استفاضه الروايات و تواترها و الأ- فأصل الحكم مسلم، بل يمكن الاستدلال على ذلك بآيه الانفعال لكونها للإمام عليه السلام غايه الأمر ثبت الصغرى بدليل آخر، أى كونها انفالا فلا شبهه فى ذلك للإطباق الروايات على كونها موات الأرض من الأنفال.

أما الوجه الثانيه: فهل يشترط فى التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) فى

النبوى

موتان الأرض للإمام عليه السلام ثم هى لكم أيها المسلمون و كك فى النبوى الآخر بحيث يكون بذلك ملكا للمسلمين بالسبق إليها، و ان لم

ص: ١٢٤

يحيوها أو لا- بد في ذلك من الاحياء فظاهر النبويان و ان كان هو الملك بذلك و لكن مضافا الى ضعف السند فيهما انهما مقيدان بالاحياء فلا يكون ملكا لأحد بدونه كما في جملة من الروايات و بالجملة ان التملك مشروط بالاحياء فلا يملك تلك الأراضي بدون الاحياء فلا يعمل بالنبويان.

الجهه الثالثه: ان الحليه و الملكيه بالاحياء مختصه بالشيعة

أو يشمل غيرهم من المسلمين أو لكل من أحيها مسلما كان أو كافرا، و الكافر أيضا ذميا كان أو حرييا، فظاهر بعض الاخبار و ان كان هو اختصاص ذلك بالشيعة إلا أن النبويان المتقدمان يدلان على شمول الحكم لمطلق المسلمين و لكنها ضعيفه السند، بل يمكن أن يراد من المؤمن في بعض الاخبار من أحيها من المؤمنين مطلق المسلم الذي آمن بالله و برسوله و بيوم الأخر، أى المؤمن في القرآن.

و لكن يكفى في عموم الحكم لغير الشيعة أيضا العمومات الواردة في مورد شراء الأرض من الذمى فقالوا(عليه السلام) أى قوم أحيوا أرضا فهي لهم و هم أحق بها، فان المورد و ان كان هو الذمى، و لكنه لا يكون مخصصا بعد عموميه الجواب فيكون شاملا لمطلق المحيى مسلما كان أو كافرا ذميا كان أو كافرا حرييا، و هذا الاخبار المذكوره فى وسائل فى إحياء الموات، و ما دلّ من الاخبار على كون موات الأرض للشيعة بالاحياء لا- توجب التخصيص لعدم التنافى خصوصا مع الاحتمال المذكور من كون المراد من المؤمن مطلق من آمن بالله و برسوله و بيوم القيامة فى الاخبار التى ذكر فيها المؤمن و من هنا قال صاحب وسائل فى عنوان المطلب ان الذمى إذا أحيى مواتا من أرض الصلح فهي له قبل هذا الباب فعنوانه أيضا مطلق يشمل مطلق المحيى و ان كان من غير المسلم.

و الجبهه الرابعه: في أن الخراج الثابت في تلك الأراضي على المحيي

هل هو ثابت لكل من أحيائها شيعة كان أو غيرها،

أو ثابت لغير الشيعة و ربما يقال بثبوتها لكل من أحيائها و لو كان المحيي هو الشيعة لصحيحه الكابلي فمن أحيى من الأرض من المسلمين فيعمرها و ليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتي و له ما أكل منها.

و لمصححه عمر بن يزيد يقول: من أحيى أرضا من المؤمنين فهي له و عليه طسقتها يؤديه الى الامام (عليه السلام) في حال الهدنه فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه الخبر، فالظاهر منها ان الحكم أعم فلا بد لكل من أحيائها إعطاء الخراج الى الامام (عليه السلام) و عليه فيشكل القول بعدم وجوبه للشيعة لذهاب المشهور، بل فقهاءنا أجمع الى عدم وجوب الخراج لهم، و حملها المصنف على وجهين، الأول: أنه يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلب الامام (عليه السلام) لكن الأئمة بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم، كما يدل عليه قوله (عليه السلام) ما كان لنا فهو لشيعتنا، و يحتمل حمل هذه الاخبار المذكوره على حال الحضور و الأ فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال الإمام في حال الغيبه، بل الأخبار متفقه على أنها لمن أحيائها.

الأ أنها بعيدان، بل أجنبيان عن ظهور الروايتين.

أما الأول: فلأن الظاهر من الروايتين إيصال الطسق الى الامام (عليه السلام) في حال الهدنه كما هو ظاهر روايه عمر بن يزيد، و وجوب إخراج الخراج اليه كما هو ظاهر روايه الكابلي فحملهما على مجرد الاستحقاق خلاف الظاهر، بل خلاف الصراحه.

و أما الثاني، فلأن الظاهر منها أيضا إخراج الخراج و إيصاله الى الامام

(عليه السلام) مطلقا و لو فى حال الغيبه و لذا قال (عليه السلام) فى ذيل روايه عمر ابن يزيد فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه يعنى إذا لم يعطى ذلك الشخص الذى الأرض تحت يده فليوطن الامام نفسه لأخذه منه.

و بالجمله فليس فى شىء من الروايتين ما يدل على الفرق بين الحضور و الغيبه و الاولى حملهما على غير الشيعه للأخبار الداله على تحليل الأراضى للشيعه و كونهم محللون فيه كما فى روايه مسمع و غيرها و يؤيد ذلك التفريق بين الشيعه و غيرها فى روايه مسمع قال (عليه السلام): فهم فيه محللون، و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ما كان فى أيدي سواهم فان كسبهم فى الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا و يأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره، و أيضا يؤيد ذلك ذيل روايه عمر بن يزيد من قوله فاذا ظهر القائم فيوطن نفسه على أن يؤخذ منه مع ان قوله فيجيئهم طسق ما فى أيديهم ظاهر فى ان الخراج على الشيعه بعد قيام الحجه و أما قبله فلا خراج عليهم و كك الأخبار الداله على أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) فالشيعه فيها محللون إذا لا معنى للخراج بعد ثبوت التحليل فيها الشامل للموات بالأصل أيضا.

و بالجمله لا شبهه فى دلاله غير واحد من الروايات على عدم ثبوت تحليل ما للإمام من الأراضى لغير الشيعه بدون الخراج و كون كسبهم فيها حراما أدل دليل، و أقوى قرينه على ما ذكرناه من حمل الروايتين على غير الشيعه، كما هو واضح.

و توهم كون موردهما هى الشيعه فلا يمكن حملهما على غيرها توهم فاسد بدهاه ان روايه الكابلى ليس فيها سؤال حتى نرى أنه شيعى أم غير شيعى و أما روايه عمر بن يزيد، فالراوى فيها و ان كان شيعيا و لكن المورد هو الرجل

الشامل للشيعة و أهل السنه فلا وجه لحمله على الشيعة، بل نسخه الوسائل سئل رجل من أهل الجبل و من الواضح أن أهل الجبل سنى، بل ناصبى، فى زماننا هذا فضلا عن الزمان السابق الذى لم يكن من الشيعة اسم و لا رسم.

و يؤيد هذا الحمل ما فى ذيل روايه عمر بن يزيد من قوله (عليه السلام) فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه و من المعلوم أنه لو كان المراد منهم هى الشيعة لم يأخذ الإمام (عليه السلام) الأرض منهم، بل يبقى عندهم و يأخذ منهم الخراج و أوضح تأييد لذلك قوله (عليه السلام) فى روايه مسمع التفصيل بين الشيعة و غيرهم و جعل الشيعة فى حلّ فى الخراج و أما غيرهم فان كسبهم فى ذلك حرام فان حليته مشروطه بإعطاء الخراج فلم يعطوها للإمام (عليه السلام) فيجىء الإمام (عليه السلام) فيخرجهم عنها صفره أى خاليه اليد أو صغره، أى صاغرا و ذليلا على حسب اختلاف النسخه فيعلم من ذلك أن الخراج لغير الشيعة و أما الشيعة فهم فى حل من ذلك و مع الغضّ عن جميع ذلك فالروايات الداله على حليه الأراضى للشيعة فى حال الغيبه تكون مقيد لهاتين الروايتين و بالجمله لا مانع من حملها على غير الشيعة بوجه.

قوله: و سيأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

أقول: المشهور، بل المجمع عليه أن الأراضى الموات بالأصل تكون ملكا لمن أحيها و لكن الظاهر خلافه، و توضيح ذلك أن الاخبار الوارده فى ذلك على ثلاث طوائف: - الأولى: ما دلّ على أنها لمن أحيها و أنها له.

و الثانيه: ما دلّ على أن المحيى أحق بها من غيره.

و الثالث: ما جمع الأمرين الملكيه و الأحقيه و لا شبهه أن ما اشتمل على اللام

فى كونه ظاهرا فى إفاده الملكيه و لكن لا بد من رفع اليد عن ظهوره و اراده مجرد الاختصاص من ذلك و ذلك من جهه أنه ذكر فى جملة من الاخبار التى تقدم بعضها فى الجهه الرابعه أن غير الشيعه لا- بدّ و ان يعطى الخراج، و الأ فىكون كسبهم فى تلك الأراضى حراما و من الواضح أنه لا معنى لحرمة الكسب فى ملك نفسه، و وجوب إخراج الخراج منه فىعلم من ذلك أنه لم يحصل بالاحياء الأ مجرد حق الاختصاص و اللام فى قولهم من أحيى أرضا فهى له،المجرد الاختصاص.

و بالجمله فىدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيه و بين الالتزام بورود التخصيص على دليل السلطنه أو الالتزام بتصرف الامام(عليه السلام) فى ملك الغير بولايته الشخصيه بحيث حكم بثبوت الخراج و الأ فىكون الكسب حراما فلا شبهه أن الأول أولى و أسهل للالتزام كما لا يخفى و على هذا فىكون الحكم بعد جواز الكسب على طبق القاعده و كذلك إخراجهم من الأرض و أخذها منهم بعد ظهور الحجه فإن الملك ملك الغير فإذا لم يف المتصرف على ما شرطه عليه مالك الأرض فىكون كسبه حراما على حسب القواعد لكونه غصبا.

و من هنا اندفع ما توهم من أن التملك مشروط بأداء الخراج فإذا منعوا عنه فلا يكون الملك حاصلا.

و وجه الاندفاع أنه لا معنى للخراج مع الملكيه و أن رفع اليد عن الملكيه أسهل من رفع اليد عن دليل السلطنه أو الالتزام بتصرف الامام عليه السلام فى مال الغير مع كونه للغير بالولايه و هذا بخلاف ما قلنا أن الأرض ملك للإمام و جواز التصرف فيها مشروط بإعطاء الخراج و الأ فىكون حراما كما هو كذلك فى جميع الموارد بحسب القواعد.

و يدل على ذلك مضافا الى ما ذكرناه أمران،الأول:ما ورد في الاخبار الكثيره من أنه ليس لمحبي الأرض تعطيلها و الآخره إحيائها و إجراء أنهارها فيكون أحق به من غيره و قد عقد في الوسائل باب لذلك في إحياء الموات و ان لم يتعرّض له الفقهاء فلو كان الاحياء موجبا للملكيه فلما اذا سقط حقه بالتعطيل أزيد من ثلاث سنوات فان الناس مسلطون على أموالهم يفعلون فيها ما يشائون فهل لأحد ان يزاحمه في أموالهم الشخصيه لمكان التعطيل فيعلم من أنه لم يثبت لمحبي الأرض الآ حق الاختصاص فيزول بالعطله أو بعدم الوفاء بالشرط أعنى إعطاء الخراج،نعم حل ذلك لشيعة كما هو واضح.

الأمر الثاني:انه لو كانت الأراضي الموات بالأصل مملوكه للمحبي لكان ملكا لهم دائما مع أنه ذكر في روايه مسمع أن الحل ثبت فيها للشيعة و ليس لهم فيها خراج الى ان يقوم صاحب الأمر و بعده فيجئهم طسق ما في أيديهم و اما غيرهم فكسبهم فيها حرام لعدم إعطائهم خراجها و بعد القيام يخرجهم من الأرض و ينزعها من أيديهم و في ذيل روايه الكابلي أن الشيعة في حل في تلك الأراضي و ليس فيها عليهم خراج الى أن يقوم القائم(عليه السلام) فيضرب عليهم الخراج فيها فلو كان الاحياء موجبا للملكيه فتكون تلك الأراضي كسائر الأملاك الشخصيه فهل يتوهم أحد أن الامام يضرب الخراج لها على الملاك أو يأخذها من يد غير الشيعة فكل ذلك دليل على عدم حصول الملكيه للأراضي الميتة بالاحياء،و انما الثابت لهم في ذلك مجرد حق الأولويه و الاختصاص بحيث لا يزاحمهم غيرهم في ذلك.

لا- يقال أنه لا شبهه في جواز بيع تلك الأراضي كما في الاخبار الداله على اشتراطها من ذمی فلو لم تكن ملكا فلا وجه لجواز البيع.

فإنه يقال نعم، لا شبهه في جواز البيع و لكن لا يدل ذلك على كونها ملكا للمحبي، بل يبيع منها ما ثبت له من الحق فيها فان البيع كما عرفت هو التبديل بين الشيئين بحيث يقوم كل منهما مقام الآخر في جهة الإضافة ففي المقام يقوم بالمبادله كل من العوض و المعوض مقام الأخر فالعوض هو الثمن و المعوض هو الحق الثابت في تلك الأرض كحق التحجير و حق الجلوس كما هو المرسوم في اليوم في الدكاكين المسمى في الفارسيه (بسر قفلى) فجواز البيع من هذه الجهة.

و مما ذكرناه انحل الفرع المبثلى به كثيرا و قد سئلنا عنه مرارا و هو ثبوت الخمس في نفس الأرض الموات بعد الأحياء إذا كان الإحياء للتجاره دون مؤنه نفسه و عياله فإنه على ما ذكرناه لا خمس في نفس الأرض لعدم كونه ملكا للمحبي ليدخل تحت المنافع الحاصله يوما فيوما، بل يثبت الخمس في منافعها بعد مضي الحول كما هو واضح.

و الحاصل: أن الكلام كان في أن الأراضي الميتة هل تملك بالأحياء أم لا، و قلنا أن المشهور، بل المجمع عليه و ان كان هو التملك بالأحياء.

و لكن الظاهر هو عدم حصول الملكيه لأحد بالأحياء و يدل على ذلك ثبوت الخراج لغير الشيعة و ثبوت التحليل لهم مع انه انما يناسب التحليل و الخراج مع عدم الملكيه و كذلك يدل عليه حرمة كسب غير الشيعة في تلك الأراضي و إخراج الأرض من أيديهم بعد قيام الحججه و جعل الطسق للشيعة كما في روايه مسمع حيث قال فيجيثهم طسق ما كان في أيديهم، مع أنه لو كان ملكا للمحبي لم يكن مجال لشيء من المذكورات.

و ذكر أنه لا- وجه للقول بالملكيه إلا ظهور اللام المذكور في جملة من الاخبار من أنه من أحيى أرضا مواتا فهي له في الملكيه لا مجرد الاختصاص.

و فيه أنه مضافا الى أن المذكور في عده من الروايات هي الأحقيه فلو لم تكن ذلك قرينه لإرادته مجرد الاختصاص من اللام فتكفيها القرائن المذكوره لرفع اليد عن ظهور اللام في الملكيه لأنه يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام في الملكيه و بين الالتزام بكون الخراج و حرمة الكسب و إخراج الأرض من أيدي غير الشيعة في زمان الظهور التصرف في ملك الغير، و لكن مع التصرف في أدله حرمة التصرف في مال الغير و حرمة أكله إلا ياذنه بدعوى أن الامام أولى بذلك من نفس المالك فلا ريب أن الأول أولى برفع اليد من الثاني.

و أما أخبار التحليل فهي على طائفتين، الأولى: ثبوت التحليل للشيعة و كونهم محللون في الأرض و في مال الامام (عليه السلام).

و الثانيه: ما دلّ على التحليل بلسان أنه ما كان لنا فليشيعتنا فهم فيه محللون فلا ريب أنه لا بدّ من رفع اليد من ظهور اللام في الملكيه في قولهم لشيعتنا و اراده التحليل المجرد إذ مفادها هو العام من غير اختصاص المحيي و غيره، و من البديهي ان غير المحيي لا يملك الأرض إجماعا، فيعلم من ذلك أنهم محللون في ذلك لسهولة الأمر و طيب الولاده كما تعارف هذا التعبير كثيرا يقال في مقام الاذن للغير في التصرف في المال أن ما كان لي فهو لك أي يباح لك التصرف فيه كيف شاء.

و بالجملة لا يستفاد من شيء من أخبار التحليل التمليك أيضا.

و دعوى ان اللام قد استعمل في جميع مراتب الاختصاص و انما يرفع اليد عنه بالنسبه الى غير المحيي، و اما في المحيي فنلتزم بالملكيه دعوى جزافيه، فإنه ان كان المراد من ذلك إرادته الملكيه و غير الملكيه في استعمال واحد فهو غير جائز فلا يمكن في استعمال واحد، و ان كان المراد اراده الجامع و المطلق الشامل لها ففيه أن المعاني الحرفيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل انما يراد اما مطلقا أو مقيدا كما لا يخفى.

ثم ان هنا وجها ثانيا أدق لعدم إرادته الملكيه من اللام فى اخبار التحليل بدعوى أن الامام(عليه السلام)قد حَلَّ ما له للشيعة مع انحفاظ إلهيه له، أى حال كونها له فهى للشيعة من غير تقييد بزمان الحال و الماضى و الاستقبال و المحيى و غيره و من البديهى هذا لا- يجتمع الآ- مع التحليل إذ بالتمليك لا يحفظ لهبه الامام(عليه السلام)و مالكيته على ان لكل إمام أن يفعل ذلك و يحلل فلو أريد التملك من تحليل أحدهم(عليهم السلام)لما بقى موضوع للثانى، و القول بعود الملك ثانيا الى الامام الثانى بعد الأول التزام بلا وجه.

و اما الخراج فلا- دليل على ثبوته للشيعة إلا- إطلاق روايتين أحدهما مصححه عمر بن يزيد و الثانى روايه الكابلى، أما الأول فالظاهر من نفسها انه لغير الشيعة و لذا قال فى ذيلها فإذا ظهر الامام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه، و اما الثانى فليس دلالتها إلا بالإطلاق كما فى ذيل الروايه فإن الاستثناء يدل على دخول الحكم فى المستثنى منه بإرادته استعماليه و ان لم يعلم دخوله فيه بإرادته جديده فهذا الظهور المبني على الإطلاق دون الوضع لا بدّ من رفع اليد عنها و تقييدها بروايه مسمع ليحمل على غير الشيعة و ان أبيت الآ من إبقائها فى ظاهرها فيقع المعارضه بين روايه الكابلى و بين روايه مسمع الداله على عدم ثبوت الخراج للشيعة فى حال الغيبه حيث قال فيها«فيجيئهم طسق ما كان فى أيديهم»قبل ظهور الامام(عليه السلام)فيعلم من ذلك أنه لا خراج عليهم قبل المجيء و بعد التساقت يرجع الى اخبار التحليل.

القسم الثانى: أن تكون عامره بالأصالة

كأطرف الشطوط و سواحل الأنهار و بطون الأودية و رؤس الجبال و الجزائر المعموره بالأصالة و قلنا أن معنى

كونها عامره بالأصالة هو كونها عامره بلا عامر، وقد عبر المصنف في ذلك بقوله عامره بلا معمر، والظاهر أنه لم يوجد استعمال المعمر في التعمير بل استعمال اسم الفاعل منه عامر و المعمر من العمر، يقال لمن عمره كثير.

و هذا القسم أيضا لا شبهه في كونه للإمام (عليه السلام) و ان لم يرد نصّ خاص على كونه للإمام (عليه السلام) كما ورد في القسم الأول و لكن

يدل على ذلك طائفتين من

الروايات

الأولى الأخبار الدالة على ان مطلق الأرض للإمام (عليه السلام)

و ليس للغير فيها إلا حق الاختصاص بالتعمير و العمل، بل في روايه سهل أن الأرض لله و وقف للعباد فلا تكون ملكا لأحد و من هنا ذكر في بعض الروايات أنه ليس لأحد تعطيلها أزيد من ثلث سنين و قد ذكر جمع الى كون مطلق الأرض ليست لأحد، بل للإمام (عليه السلام) كصاحب البلغه و الشيخ الطوسي على ما حكى عنه، و المحقق الايروانى و غيرهم، و انما الشيعة محللون في ذلك، فإطلاق شامل لما نحن فيه أيضا، و قد استشهدنا بها على عدم الخراج للشيعة، و اما غير الشيعة فلم يثبت لهم فيها تحليل.

الثانية: ما دلّ على كون الأرض التي لا رب لها من الأنفال و الأنفال

للإمام (عليه السلام)

كحسنة على بن إبراهيم و روايه العياشى عن أبى بصير، فان ما كان عامرا بالأصالة من الأرض فهى للإمام عليه السلام.

نعم، فى مرسله على بن إبراهيم عن حماد، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح تقييد الأرض التي لا رب لها بكونها ميتة و لكن لا يدل ذلك على التقييد و اختصاص الحسنه أيضا بالميتة أما إذا لم نقل بثبوت المفهوم للوصف كما لم نقل فواضح، فان القيد التي بها للغالب فان القول بمفهوم الوصف من جهة أن لا يكون القيد لغوا و إذ اعتذرنا عن عدم لغويه القيد بجمله مورد على الغالب فلا يكون الوصف لغوا فلا ينحصر عدم اللغويه بإثبات

ص: ١٣٤

و اما بناء على القول بمفهوم الوصف كما مشى المصنف على هذا المبنى فأیضا لا یصلح للتقييد فإنه أولا إنما یوجب الاحتراز و التقييد دالا- على المفهوم إذا لم یرد مورد الغالب كما فى المتن و الأ- فلا- مفهوم له كما فى قوله تعالى وَ رَبَّائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَاِنْ كُنَّ الرِّبَائِبُ فِي الْحُجُورِ مِنْ جِهَةِ الْغَلْبَةِ وَ ثَانِيَا أَنْ حَمَلَ الْمَطْلُوقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ إِنَّمَا فِي مَوْرِدٍ يَكُونُ بَيْنَهُمَا التَّنَافِي كَأَعْتَقَ رَقَبَهُ وَ لَا تَعْتَقَ رَقَبَهُ كَافِرُهُ وَ أَمَا فِيمَا لَيْسَ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ فَلَا وَجْهَ لِلْحَمْلِ كَقَوْلِهِ الْخَمْرُ حَرَامٌ وَ كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَ هَكَذَا وَ لَكِنْ هَذَا لَا- يَجْرِي فِي الْمَقَامِ لِأَنَّ مَعْنَى كَلَامِ الْمُصَنَّفِ عَلَى فَرْضِ كَوْنِ الْقَيْدِ لِلِاحْتِرَازِ وَ مَعَهُ يَكُونُ التَّنَافِي بَيْنَ الْمَطْلُوقِ وَ الْمُقَيَّدِ مِنَ الْوَاضِحِ بِمَكَانٍ وَ لَكِنْ الَّذِي يَسْهَلُ الْخَطْبُ هُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ عَدَمِ الْمَفْهُومِ لِلْوَصْفِ، بَلْ يُمْكِنُ مَنَعُ الْغَلْبَةِ فَإِنَّهُ مِنْ أَيْنَ أَحْرَزَ أَنْ الْغَالِبُ فِي الْأَرْضِ الَّتِي لَا رَبَّ لَهَا هِيَ الْمَيْتَةُ، بَلْ فِي كَثِيرِ النِّقَاطِ أَنَّ الْأَرْضَ الَّتِي لَا رَبَّ لَهَا وَ لَيْسَتْ مَيْتَةً كَأَرْضِ الْجَبَلِ مَازَنْدَرَانَ وَ غَيْرِهَا كَثِيرُهُ جَدًّا، وَ أَمَا مَا فِي تَقْرِيرِ شَيْخِنَا الْأَسْتَاذِ مِنَ الْاسْتِدْلَالِ بِذَلِكَ بِقَوْلِهِمْ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) وَ كُلُّ أَرْضٍ لَمْ يَجْرَ عَلَيْهَا مَلِكٌ مُسْلِمٌ فَهُوَ لِلْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَلَيْسَ بِرَوَايَةٍ وَ لَمْ نَجِدْهُ فِي كِتَابِ الْحَدِيثِ.

و الحاصل: أن ما كان عامرا بالأصل فهو للإمام (عليه السلام) للأخبار الداله على أن مطلق الأرض للإمام عليه السلام و للأخبار الداله على أن كل أرض لا- رب لها فهي للإمام، و ما فى مرسله الحماد من أن كل أرض ميتة لا رب لها فهي للإمام، لا يصلح لتقييد ذلك إذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى وَ رَبَّائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فَلَا مَفْهُومَ لَهُ، فَلَا يَكُونُ لِلِاحْتِرَازِ.

و لكن لا وجه لذلك فإنه من أين أحرز أن القيد محمول على الغالب إذ

لا وجه للقول بأن أكثر الأرض التي لا رب لها ميتة مع أن أكثرها معموره بلا شبهة، كأراضي الهند و جبل مازندران و غيرهما مع أنه لا تنافى بين المطلق و المقيد فلا وجه لحمل أحدهما بالآخر إلا أن يقال ان القيد إذا كان للاحتراز فيكون بينهما تنافى فيحمل المطلق على المقيد و الذى يسهل الخطب أنه لا مفهوم للوصف و عليه فلا يكون بينهما تنافى فضلا عن حمل أحدهما بالآخر نظير كل مسكر حرام و الخمر حرام و أعتق رقبه و أعتق رقبه مؤمنه.

على أن روايه حماد مرسله فليست قابله لتقييد الحسنه التى دلت على أن مطلق الأرض التى لا رب لها فهى للإمام عليه السلام هذا كله فى كونها للإمام عليه السلام.

ثم انه لا يختص حق الأولويه أو الملكيه بالإحياء، بل يعم العمل و جرى الأنهار و تكثير الأشجار و إصلاح بعض الخصوصيات و عليه فكل أرض معموره بالأصل، و وضع عليه اليد و عمل فيها، فيجرى فيها الجهات المتقدمه فى القسم الأول من البحث، من أنه لا فرق فى ذلك بين الشيعه و غير الشيعه و بين المسلم و غير المسلم، و فى أنه هل يحصل التملك بذلك أم لا؟ و هل الخراج الثابت فيها لمطلق من وضع عليها اليد و لو كان العامل فيها هى الشيعه أو يختص بغير الشيعه، و أما لو لم يكن فيها عمل فلا وجه لهذه الأبحاث، بل هى باقيه على ملك الامام، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيها للأخبار الداله على حرمه التصرف فى مال الغير إلا بإذنه.

نعم، فالشيعه بالخصوص محللون فيها للأخبار الداله على أن كلما للإمام فهو حلال للشيعه، و قد تقدم أن ما فى بعض تلك الاخبار من التعبير بان ما لنا فهو لشيعتنا فلا أم يفد الملكيه قد تقدم جوابه.

ثم الكلام يقع فى أنه هل تحصل الملكيه لهذا القسم من الأرض بالحيازه

و السبقه و وضع اليد عليها أم لا وجهان،الظاهر انها لا تكون ملكا لأحد بالحيازه،و اختار المصنف كونها ملكا بالحيازه و استدل عليه بالنبوى المعروف من سبق الى ما لم يسبقه أحد فهو أولى به.

و فيه مضافا الى أنه ضعيفه السند أنه لا دلالة فيه على الملكيه،فإن غايه ما يستفاد منه أن المحيز يكون أحقّ الى ما سبقه اليه فلا تحصل بذلك السبق ملكيه للسابق الى تلك الأراضى.

و ثانيا على تقدير أن المراد من الأولويه و الأحقيه هي الأولويه الملكيه دون مجرد حق الاختصاص فما نحن فيه خارج عن ذلك فإنه فى مورد لا- يكون ملكا لأحد،بل من المباحات الأصلية فيكون السبق إليها موجبا لحصول الملكيه و كالأوقاف العامه من الخانات و الرباط و المساجد،فان السبق فيها يفيد حقّ الاختصاص.

و أما فى أملا-ك الغير فلا- يفيد السبق شيئا لا حقّ الاختصاص و لا الملكيه و الّا لجاز لكل أحد أن يأخذ مال غيره و يتملكه بالسبق و يكون ذلك من جملة الأسباب و الوسائل لأكل مال الناس،فلا يلتزم به متشرع و لا فرق فى ذلك بين مال الامام و غيره،فإنه أيضا لا- يجوز التصرف فى مال الامام عليه السلام الّا باذنه،و أما التمسك فى ذلك بقوله «من حاز ملكا»فلا وجه له لعدم كونه روايه،و على فرض كونه روايه فإنما هو فى المباحات الأصلية لا فى أموال الناس.

و ربما يقال بحصول الملكيه هنا بقوله عليه السلام من استولى على شىء فهو له،كالاستدلال به فى مطلق الحيازات.

و فيه أن هذا و ان كان صحيحا من حيث السند و لكن لا دلالة فيها على المطلوب إذ غايه ما يستفاد منها أن الكبرى مسلم و أن أسبق و الاستيلاء على شىء يوجب الملكيه و لكن لا يثبت الصغرى و أن مال الامام عليه السلام يكون

ملكا لأحد بالسبق، بل هو من هذه الجبهه كأموال سائر الأشخاص فلا يكون الاستيلاء عليه إلا غصبا لا مملكا.

على أن هذه الجملة المباركه المذكوره فى ذيل بعض الروايات الراجعه الى أن مات الزوج و الزوجه و لم يعلم أيهما مقدم و أيهما مؤخر و كانت لكل منهما أموال مخلوطه بالآخر فقال عليه السلام من استولى على شىء فهو له بمعنى أن كل ما يكون مختصا بالرجل فهو له، و كل ما يكون مختصا للمرأة فهو لها للاستيلاء و اليد، اذن فالروايه من أدله اليد و انه طريق الى كشف الملكيه و كاشف عنها لا أنها تدل على كون الاستيلاء مملوكا.

و بعباره أخرى أن الاستيلاء دليل الملكيه و كاشف عنه لا أنه مملك كما لا يخفى، فافهم.

اذن فلا يبقى دليل معتبر لأصل كون الحيازه مملكه فضلا عن دلالتها على الملكيه فى أموال الغير، إلا فى الموارد الخاصه التى ورد الدليل بالخصوص على إفاده الحيازه الملكيه كما فى الصيد و نحوه، نعم السيره القطعيه العقلانيه الممضاه للشرع قائمه على كون الحيازه مملكه، بل هذا المعنى فطرى الحيوانات فإنه بعد سبق حيوان على صيد و فريصه و أخذه فلا يزاحمه الآخر، بل يرفع اليد عنه، بخلافه قبل الأخذ فإنهما يتسابقون فى الأخذ.

نعم، يمكن الاستدلال على التملك بالحيازات لقوله عليه السلام فى ج ٣ الوسائل، عين الدوله عن السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه عن على عليه السلام أنه سأله عن رجل أبصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجره فجاء رجل آخر فأخذه قال للعين ما رأيت و ليد ما أخذت، فإن قوله عليه السلام لليد ما أخذت أن ما حازه الإنسان ملكه فمفاد ذلك نظير من حاز ملك يدل

على أن المحيز يملك كلما حازه، ولكنه ضعيفه السند للسكوني و أيضا لا يشمل المقام لما عرفت أنه لا يملك الإنسان مال غيره بالحيازه و السبق و انما ذلك في المباحات الأصلية.

و تحصيل من جميع ما ذكرناه أن الأرض العامره بالأصالة فهي للإمام عليه السلام، فلاحظ الأخبار الداله على كونها للإمام و الاخبار الداله على الحقيقه بالأحياء و العمل فلا يملكه أحد بالحيازه الآ- أن يعمل فيها عملا- بأن للعامل حق الاختصاص فقط، فيجب عليه الخراج أن كان غير شيعي فلا يجوز لغير الشيعه أن يتصرف فيها، بل لو حازها غير الشيعه فلها أخذها من يده لكونه غاصبا فلا يقاس ذلك بالموات بالأصل.

القسم الثالث: ما عرض له الحياه بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو

لا؟

وجهان، قد تقدم الكلام فيه في القسم الأول، فإن البحث في القسم الأول كان في الموات بالأصل و أنه يصير ملكا للمحيى أم لا؟ و هذا القسم عين القسم الأول، غايه الأمر حصل فيه الأحياء الذي سبب الملكيه أو سبب لحق الاختصاص، فالبحث عن ان المحيى يملك أو لا- يملك، يغنى عن البحث عن أن الحياه في الأرض توجب الملكيه أم لا؟ فتحصل أن الأرض التي كانت عامره بالأصل فهي للإمام و لكن حللها للشيعه و من عمل فيها، بل في بعض الروايات وقف للعباد و ان كان ضعيفا لوجود سهل بن زياد في طريقه و هي ليست ملكا لأحد و لا تملك بالحيازه و كذلك أشجارها لكونها تابعه للأرض و من نماءتها فلا ينفك حكمها عنها.

نعم، يمكن دعوى السيره القطعيه على أن من حاز من أشجارها فملكها و لو كان المحيز من أهل الخلاف، بل من أهل الذمه من الكفار إذ لم نسمع الى الآن من ردع الحطابين من غير الشيعه عن شغلهم و أخذ الأثمه و

ص: ١٣٩

غيرهم من المتشرعه الحطب من أهل الذمه إذا حازوها و جاؤا بها الى البلاد للبيع و الشرى، بل يعاملون معها معامله المملك و يشترونها منهم فلو كانت الحيازه فيها لا توجب الملكيه و كانت الأخشاب و الأحطاب باقيه على ملك مالکها أعنى الإمام(عليه السلام) لكانوا يعاملون معها معامله مال الغير فهل يملك أحد ما أخذه من أرض الغير من الأشجار و الأحطاب.

و بالجمله و ان كانت الأرض المعموره بالأصل للإمام(عليه السلام) و لا تكون ملكا لأحد بالحيازه و كانت نماءاتها تابعه لها حسب القاعده و لكن نفك بين الأرض و نمائها بالسيره القطعيه القائمه على ملكيه المحيز بما حازه من أشجار تلك الأرض و احطابها كما لا يخفى على المتأمل.

أقول: يمكن منع السيره لوجهين، الأول: أن الأئمه(عليه السلام) لما اقتدروا على الردع، و الثانى: انه لم يكن فى حوال المدينه أو العراق اللتان فى تحت سلطنتهم فى زمان سلطنتهم أرض تكون معموره بالأصالة و جاؤا منها أشجارا و أحطابا حتى يعامل معها معامله المملك بالحيازه كما لا يخفى.

أما القسم الرابع: من الأرض فهى ما كان خرابا بعد العماره و مواتا

بعد ما كان محيا

فهى على قسمين:-

الأول: ما باد عنها أهلها و صارت خربه لذلك و بانجلاء أهلها عنها

فقد ورد فى جملة من الروايات أنها للإمام(عليه السلام) و هى خارجه عن موضوع بحثنا.

القسم الثانى: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترك

و جاء الثانى و عمرها و أجرى أنهارها فهل يزول بذلك حق الأول؟ فيكون حق الاختصاص أو التملك للثانى أو لا يزول حقه مطلقا، أو يفصل بين ما كان تملك الشخص الأول بالاحياء فيزول حقه أو بغير الاحياء من الهبه و الاثراء و نحوها فلا يزول حقه بذلك و القول بالتفصيل منقول عن العلامة فى التذكرة

ص: ١٤٠

بل فى الجواهر نقل الإجماع عنه على ذلك إلا أن كلام العلامة خال عنه و لىس فىه دعوى الإجماع، بل و لم ىنقل من أحد قبل العلامة.

و قد استدل على كون الثانى أحق من الأول برواىات الأىاء فان إطلاق الأخبار الداله على أن من أهىى أرضا فهى له، كون المهىى الثانى أحق.

و فىه أن تلك الأخبار بإطلاقها دلّت على أن من أهىى أرضا فهى له من غير تقىيد بكونها للمهىى ما دام الأىاء أو مطلقا و لو بعد الخراب و على هذا فهى تدلّ على كون الأول أحق بها من الثانى إذ بعد كون الأرض متعلقا لحق الغىر أو كونها ملكا للغىر فلا تكون مشموله لأدله الأىاء فان أدله عدم جواز التصرف فى ملك الغىر أو حقه حاكمه على أدله الأىاء و جواز التصرف فى المباحات الأصلية و لا- تعارض بينها و إلا فلزم ملاحظه التعارض بين أدله حرمة التصرف فى مال الغىر و بين عمومات أدله صحة البىع و تجاره عن تراض و نحوها.

و بالجملة لا وجه للاستدلال فى المقام بأدله الأىاء كما لا ىخفى، و العمده فى المقام الاستدلال على ذلك بالأخبار الداله على أن من أتى الأرض الخربه فأأىاها فهى له، و قد ذكر ذلك فى جملة من الرواىات، و العمده منها صحىحتان إحداهما صحىحه الكابلى فإن فىها و الأرض كلّها لنا فمن أأىا أرضا من المسلمىن فلىعمرها و لىؤد خراجها الى الامام (علىه السلام) من أهل بىتى و له ما أأى منها (فان تركها أو أأىر بها فأأخذها رجل من المسلمىن من بعده فعمرها و أأىاها فهو أحق بها من الذى تركها).

و ثانىهما صحىحه ابن وهب فى ج ١٠ و فى ص ١٣١ فان فىها قال سمعت أبا عبد الله علىه السلام ىقول أىما رجل أتى خربه بأثره فاستخرجها و جرى أنهارها و عمرها فان علىه فىها الصدقه فإن كانت أرضا لرجل قبله

فغاب عنها و تركها و أخرجها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله عز و جل و لمن عمّرها،فان مقتضى هاتين الصحيحتين ان الحق للثاني و اما الأول فسقط حقه بخراب الأرض و ليس له فيها حق.

و لكن فى المقام صحيحتان تدلان على عدم زوال حق الأول بذلك بل يجب على الثانى أن يعطى حق الأول من الأرض إحداهما صحيحه سليمان بن خالد فى ج ٢ التهذيب ص ١٥٨(قال سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال:عليه الصدقه،قلت:فان كان يعرف صاحبها؟قال:فليؤد إليه حقه) و ثانيهما صحيحه الحلبي فى ج ٢ التهذيب ص ١٧٣ و فيها(عن الرجل يأتى الأرض الخربه الميته فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه فيها؟قال:الصدقه،قلت:فان كان يعرف صاحبها؟قال:فليرد اليه حقه)و هاتان الروايتان متحدتان من حيث المضمون و الألفاظ،و قد يقع التعارض بين الطائفتين و حيث أن روايتى سليمان بن خالد و الحلبي مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الإحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى و الهبه و نحوهما بحيث يمكن ان تكون الخربه الملك بالإحياء، أو الملك بالشراء،و روايه الكابلي داله على ان الملك أو الاختصاص كان من جهه الإحياء فقط،و انما صارت الخربه عن الملك بالاحياء فتكون روايه الكابلي مقيده لروايه سليمان بن خالد فتكون روايه ابن خالد مختصه بخصوص التملك بغير الاحياء و حيث ان روايه ابن وهب كانت مطلقه من حيث أن الملك بالإحياء أو بغيره فتكون روايه سليمان بعد التقييد خاصه و روايه ابن وهب عامه بعد انقلاب النسبه فتكون روايه ابن وهب مقيده بروايه سليمان بن خالد فتصير النتيجة أن الأرض التى كانت مملوكه بالإحياء أو متعلقا لحق المحيى

بذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيي الأول و أما لو كان المالك الأول مالكا بغير الاحياء كالشراء و نحوه و تركها أو أخرجها و عمرها شخص آخر، فلا بدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه و عليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن العلامة، فربما ترمى روايه سليمان الى ضعيف السند تاره و الى الإرسال أخرى، كما فى البلغه و حاشيه بعض مشايخنا المحققين، إذ لا نعرف وجهها لها بعد كونها صحيحه السند، فإنه لا شائبه فى سندها بوجه و على تقدير كونها كك، فروايه الحلبي يعين ذلك المضمون و الألفاظ فهى صحيحه و مع الغض عن جميع ذلك فلا وجه لتوهم انجبار ضعيفها بعمل المشهور إذ لم ينقل القول بالتفصيل الآ عن العلامة و ذكر الإجماع فى كلامه لعله سهو من قلم صاحب الجواهر على أنه لا نسلم أصل الانجبار كما لا يخفى.

و هذا الجمع بحسب الكبرى، و ان كان صحيحا كما ذكرناه فى التعادل و التراجيح، و قلنا أن المناط فى باب التعارض هو تعارض الحجتين و لو بعد ملاحظه النسبه بين بعضها مع بعض الآخر و لا يقتصر النظر فيه الى التعارض البدوى.

و لكن يرد على هذا الجمع بالخصوص هنا أمران: أحدهما: انه ان كان النظر فى الأراضى المملوكه بما كان مملوكا به مطلقا، و لو كان الاحياء مبدء فى التملك، و الآ فالأسباب القريبه للتملك هو غير الاحياء فلا يبقى مورد لروايه سليمان بن خالد الآ نادرا، فيلزم حملها على المورد النادر فهو بعيد إذ قلما توجد من الأراضى أن لا ينتهى مبدء التملك فيها الى الاحياء فان أصل التملك فى أكثرها هو ذلك، نعم قد يكون المبدء فيه هو قطع الأرض من الأئمه لشخص.

و بالجملة بعد قيد روايه سليمان بن خالد بروايه الكابلى فاختصت

روايه سليمان بالأراضى المملوكة بغير الاحياء و إذا قلنا بان المراد من الأراضى المملوكة بالاحياء مطلق ما كان أصلها مملوكة بالاحياء، فلم يبق مورد لروايه سليمان إلا- نادرا فلا يمكن الالتزام بذلك، و ان كان النظر فى سببيه الإحياء أو غيره التملك الى السبب القريب دون السبب البعيد، فحينئذ و ان كان المورد لروايه سليمان كثيرا و لكن لم يبق لروايه ابن وهب إلا قليل فإن أكثر الأراضى لو لم يكن كلها انما هى مملوكة بغير الاحياء فعلا- فإذا أخرجنا الأراضى المملوكة بغير الاحياء عن تحت روايه ابن وهب بروايه سليمان، و قلنا بأنه لا- بدّ فى ذلك من ردّ حق المحيى الأول لكان الباقي تحت روايه ابن وهب الأرض المملوكة بالاحياء الذى يكون سببا قريبا للتملك بحيث كان تملك المالك لها بالاحياء و صارت خبره عن التملك بالاحياء من دون تعلق البيع و الشراء عليها و مثل ذلك لا يوجد إلا قليل.

و بالجملة ان هذا الجمع انما استلزم لحمل إحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضى كما لا يخفى.

الثانى: فهو العمده هو أنا ذكرنا فى باب التعادل و التراجيح أنه إذا ورد مطلق أو عام ثم ورد خاصان أو مقيدان و كان بين الخاصتين عموم مطلق جاز تخصيص العام أو تقييد المطلق بكلا الخاصين الذين بينهما عموم مطلق لعدم التنافى بينهما مثلا إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا- تكرم العاصين منهم، ثم ورد و لا- تكرم المرتكب للكبائر فلا- شبهه فى تخصيص العام بكل من الخاصين، إذ لا تنافى بينهما بوجه و مقامنا من هذا القبيل، فإن روايتى سليمان بن خالد و الحلبي عام من جهة أن الأرض الخبره التى جائها المحيى الثانى أعم من ان تكون مملوكة بالاحياء أو بغير الاحياء، فصارت خبره و أن كونها خبره أعم من ان تكون مستنده الى تركها و خرابها

كما فى روايتى الكابلى و ابن وهب، أو كانت الخربه بالقهر و الاضطرار كمنع الغاصب و الجائر و جريان السيل و إتيان المطر و عدم قدرته على الاشتغال و نحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختيارى و اخرابا من المحيى و روايه ابن وهب و ان كانت فى نفسها أعم من كون الملكيه بالإحياء أو بغيرها لعدم فرض الاحياء فيها و لكنها أخص من روايه سليمان بن خالد لان الخراب فيها من الترك الاختيارى أو الخراب الاختيارى كما هو مقتضى عطف إخرابها على تركها فى روايه الكابلى.

و روايه الكابلى مختصّه بخصوص التملك بالاحياء و ان كانت من جهه الترك و الخراب مساويه فتكون أخص من روايه ابن وهب، فمفاد كلا- الخاصين هو ان المحيى أحق بما أحياه من الأرض الخربه سواء كانت مملوكه بالإحياء أو بغيرها، و أنه لا حق للمحيى الأول فلا- بعد فى ذلك فهو واضح بناء على عدم كون الأراضى مملوكه لأحد كما اخترناه للروايات الداله على أن الأرض كلها للإمام و ان كان قد ورد لها تخصيص فى جملة من الموارد كالاملاك الشخصيه و الموارد المفتوحه عنوه و غير ذلك، و ان من وضع عليه اليد بالإحياء أو العمل لا يزيد الآحق الاختصاص و الأولويه، بل فى روايه سهل و ان الأرض كلها لله فهى وقف للعباد و لكنها ضعيفه و من الواضح انه لا- يجوز تعطيلها لان غرض الشارع عماره الأراضى و انها ليست كسائر الاملاك كالكتب و نحوها حق يفعل مالكها فيها ما يشاء و لو عطلها خمسين سنه، بل فى بعض الروايات لا يجوز تعطيل الأرض أزيد من ثلث سنوات فان طبع الأرض تقتضى ان تعطل سنه أو سنتين أو ثلاث سنوات للتقويه و اما إذا صار أكثر فيبتنى ذلك بالمسامحه و بتعطيل مال الامام و ما هو وقف للعباد و قد ذهب الى عدم كون مطلق الأراضى ملكا لأحد جملة من الأعظم كصاحب البلغه و غيره.

و بالجمله لا- شبهه فى أنه بناء على عدم كون الأرض ملكا لأحد يكون أولويه المحيى الثانى بمكان من الوضوح لعدم لزوم التصرف فى دليل حرمه التصرف فى مال الغير.

و أما بناء على أن الأرض تملك كما هو المشهور و المعروف، فك أيضا فإنه بمقتضى ما دلّ على أولويه المحيى الثانى و كونه أحق بالأرض المحياه من المحيى الأول نلتزم بالتصرف فى أدله حرمه التصرف فى مال الغير إلا بإذنه فان اذن الشارع أسبق و شرط الله قبل شرطكم كما فى روايه الطلاق من يب و على كل حال نقيدهما معا روايتى سليمان بن خالد و الحلبي فتصير النتيجة أن المحيى الثانى أحق بالأرض فليس للأول مزاحمته لكونه كسائر الناس فى ذلك و لا حق له فى الأرض إلا أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر و الغاصب عن الاحياء أو لكثرة الماء و طغيان الشط عليه و نحوها فان فى أمثال ذلك فلا يزول حق المحيى الأول، بل هو أحق بالأرض و ان جائها الثانى فأحيها و عمّرها، فليردّ إلى الأول حقه و هذا هو القول الرابع فى المسأله و الظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم.

الكلام فى بيع الأراضى المفتوحه عنوه

إشاره

ثم ان المصنف لما تكلم فى أحكام الأرضين تكلم فى الأراضى المفتوحه عنوه لتكميل الأقسام فنقول

أن الأراضى المملوكه للكفار على أقسام:

الأول:

أن تكون باقيه على ملكهم فعلا

فلا كلام لنا فيه.

الثانى: ان يسلموا طوعا و يدخلوا فى الإسلام برغبتهم منهم أيضا

مالكون لارضهم و لا وجه لخروجها عن ملكهم فهذا أيضا خارج عن المقام.

الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا

و منها أراضيهم فتكون أموالهم و كذلك أراضيهم ملكا للإمام عليه السلام، لانه لا وارث له غير الامام (عليه السلام)، و هذا لا يختص بهم، بل الأمر كذلك في المسلمين أيضا.

الرابع: الأرض التي انجلى عنها أهلها من غير حرب

و هي من الأنفال فله و رسوله و بعده للإمام (عليه السلام).

الخامس: الأرض التي أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبه،

و بالخيال و الركاب، و هي تسمى بالأراضي المفتوحه عنوه، و هي محلّ الكلام في المقام.

و هنا قسم سادس: و هي الأرض التي لم تتصف بشيء من الأمور

المذكوره

و لم يجز عليها الخيل و الركاب، و انما أخذت من الكفار صلحا و صلحوا عليها من غير حرب كأرض الخيبر فإنها أخذت من الكفار و أعطيت لهم ليعطوا الجزية أو بقيت على ملكهم و ضربت الجزية عليهم و تسمى هذه بأرض الصلح و بأرض الخراج و فيما كانت ملكا للمسلمين فهي ملك لجميعهم من الموجودين و الذين يكونون موجودا بعد ذلك و قلنا ان معنى كونها ملكا لهم هو صرف منافعها في مصالحهم من تعمير القنطره و نحوها و إعطاء مقدار منها لبعض الفقهاء، بل لولّي الأمر أن يملك مقدارا من نفس رقبه الأرض لواحد من المسلمين، بل للجائر ذلك إذا قلنا أن فعله ممضى للشارع و قد تقدم الكلام في ذلك، و في معنى الجائر في المكاسب المحرمه

و كيف كان فيقع

الكلام فعلا في جهتين:

الاولى: أنه هل تملك تلك الأراضي و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟ الثانيه: أنه إذا قلنا بجواز تملكها فهل يجب الخراج فيها لمن بيده تلك الأراضي مطلقا أو يفرق بين الشيعه و غيرها و يلتزم بعدمه على الشيعه

ص: ١٤٧

أو بين العمال وغيرهم و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى أو بين من يحل له أخذه و أكله من المسلمين و بين غيرهم، و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى وجوه:-

أما الكلام فى الجهة الأولى أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها

آثار الملك و لو تبعاً للآثار أم لا؟]

فان كان المشهور أن الأراضى المفتوحة عنوه تملك و لو تبعاً للآثار إلا أنه لا نعرف لذلك وجهاً صحيحاً فالظاهر من الاخبار انها لا- تملك و انما هى ملك المسلمين، و فى صحيحه الحلبي (قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن دخل فى الإسلام بعد اليوم، و لمن يخلق بعد، فقلنا:

أ نشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فان شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها) الى غير ذلك من الروايات الصريحة فى أنها ملك للمسلمين فلا تملك بوجه، و قد نقل المصنف جملة منها و ما قيل انها تملك تبعاً للآثار لا- مدرك له بوجه، بل فى روايه أبى برده المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال (عليه السلام) من يبيعها هى أرض المسلمين قلت يبيعها الذى هى فى يده، قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا. إلخ فإن الظاهر منها و من غيرها أنها ليست ملكاً لأحد و إلا- لكان يبيعها جائزه و ما ورد فى بعض الروايات كروايه أبى برده و غيرها من جواز بيعها لا تدل على جواز بيعها، بل هى تدل على عدم جواز بيعها كيف فان قوله (عليه السلام) من يبيعها هى أرض المسلمين صريح فى عدم جواز، و قوله ثم قال: لا بأس، اشتر حقه منها، ليس فيها دلالة على جواز البيع بل تدل على معنى ان يبيعها قيام المشتري مقام البائع فى الجهة التى كانت راجعه للبائع من استعمالها و الانتفاع بها و أداء الخراج منها نظير بيع دكاكين الغير أى حق الاختصاص الثابت للجالس.

و بعبارة أخرى يسمى باصطلاح العلمى بحق الاختصاص ففى الحقيقه أن البائع يبيع حقه الاختصاص فنفس هذا دليل يدل على عدم جواز بيعها.

و بالجمله لا يجوز تملك تلك الأراضى و لا بيعها، بل يبيع الحق الاختصاص كما هو صريح الروايات و لا يفرق بين ذلك بين نفس الأرض و أجزائها.

و عليه فلا يجوز بيع أجزاء تلك الأراضى من الجص و الآجر و الكوز و نحوها من أجزاء الأرض و اما قيام السيره فسيأتى الكلام فيها، نعم لو انفصلت الاجزاء عن الأرض جاز بيعها كما إذا أخرجوا التراب من مكان بعد الإصلاح بحيث صار زائدا فيجوز أخذه و الانتفاع به، فإنه للمسلمين و الأخذ أيضا منهم و من طرق الانتفاع به صرفه فى الكوز و الآجر و بيعها.

و من هنا يعلم أنه لا يجوز تأسيس المسجد فيها فإنه يتوقف على وقف الأرض و فكه عن الملك و من الواضح انها ليست ملكا لأحد حتى يوقفها المالك و يجعلها مسجدا.

تنبيه:

أنه ذكر المصنف روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبنى غير ان أناسا من أهل الذمه نزلوها له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤسهم، قال:

يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال أخذها و من المعلوم انها لا- يرتبط بالمقام بوجه، فان جواز أخذ أجره البيوت بعد المشاركة أى ربط له الى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها، بل يمكن دعوى كونها مشعره إلى جواز بيعها حيث قرر قول السائل اشترى أرضا من أرض الخراج و لكن يمكن منع ذلك من جهة ان المراد بأرض الخراج يمكن أن تكون أرض الصلح أو أن جهة الاثراء يكن موردا للسؤال، و أيضا ذكر فى المقام مرسله

الحماد فهي على إرسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذي هي الزكاه قبل القسمة و من المعلوم أن وجوب أداء الزكاه مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب، و بعد أخذ كل منهم أنصباهم يلاحظ حقه مستقلا، فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاه و الأ فلا.

الجهه الثانيه:الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده

لما تقدم من روايه أبى برده قال عليه السلام:من يبيعها و هى أرض المسلمين يصنع بخراج المسلمين الى ان قال:و يحول حق المسلمين عليه اى على المشتري فيعلم من ذلك ان الخراج مما لا بد منه فيجب على كل من كانت الأرض تحت يده على أن نفس كون الأرض للمسلمين يقتضى وجوب الخراج مع قطع النظر عن الروايه فإن الثابت جزما انما هو جواز التصرف فى تلك الأراضى و اما التصرف من غير خراج و أجره فلم يثبت فيكون حراما و تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو غير جائز فلا بد من أدائه الى الامام(عليه السلام)إذا أمكن و الآ- فللفقهاء و لمن وليّ أمور المسلمين أو للجائر بناء على إمضاء فعله من الامام(عليه السلام).

و بالجملة مقتضى الأدله المطبقه على عدم جواز التصرف فى مال الغير هو عدم جواز التصرف شخص فى الأراضى المفتوحه عنوه و الانتفاع بها و باجزائها بوجه،و لكن ثبت بالقطع جواز أصل التصرف فيها و اما بدون الأ-جره و الخراج فلا-فلا- بد للمتصرف و من ينتفع بها من أداء خراجها.

ثم بقى هنا أمران

الأول:أن السيره القطعيه و ان قامت على جواز

التصرف فى أراضى العراق

و أرض الغرى و كربلاء و بيع رقبته و أجزائها و أخشابها من زماننا الى زمان المعصومين(عليه السلام)و لكن الكلام فى الصغرى و أن

أى أرض منها مفتوحة عنوه و لم يثبت كون الأجزاء أو الرقبه التى تباع من المفتوحة عنوه حتى لا يجوز التصرف فيها و بيعها و الأفلو ثبت كون أرض من الأراضى مفتوحة عنوه فلا يجوز تملكها و بيعها إلا بالمعنى الذى ذكرناه.

و دعوى العلم الإجمالى بوجود الأرض المفتوحة عنوه فى تلك الأراضى العراقيه و حوايلها و ان كانت دعوى صحيحه إلا أنه لا يوجب التنجيز، فان جميع تلك الأراضى ليس محلا- للابتلاء- لىوجب تنجز التكليف، بل مقتضى العمل بدليل الحاكمه على الأصول أن نعامل مع تلك الأراضى معاملة الملكيه كما لا يخفى.

و توضيح الحال فى المقام و قد عرفت أن الأراضى المنسوبه إلى الكفار على أقسام:- منها: ما بقيت على ملكهم من غير ان تخرج منه.

و منها: ما بقيت على ملكهم بعد إسلامهم بالطوع.

و منها: الأراضى الصلحيه الخراجيه و هى التى صولحوا بها لتبقى على ملكهم و يعطون الخراج عليها أو أخذت من ملكهم و لكن أعطيت لهم لأخذ الخراج.

و منها: ان تكون مفتوحة عنوه و الأرض المفتوحة عنوه تاره تكون معموره حين الفتح و أخرى ميتا و ما كانت معموره بالأصل فهى ملك المسلمين، و أيضا أن جمله من تلك الأراضى قد ملكت بتمليك الامام و كثير منها ملكت بتملك السلطان الجائر خصوصا فى زمان العثمانيين و مع كثره المحتملات و ثبوت اليد على تلك الأراضى المقتضى للملكيه فكيف يمكن إحراز أن الأرض الفلانيه عن المفتوحة عنوه حتى لا يجوز أخذها.

نعم، لو كان جميع تلك الأراضى التى تعلم بوجود الأرض المفتوحة عنوه

بين تلك الأراضي يلزم الاجتناب عنها لكون العلم منجزا في هذه الصورة و هذا العلم الإجمالي بوجود الأرض المفتوحة عنوه كالعالم الإجمالي بوجود الوقف في جميع دور النجف و كربلاء، بل العراق، و العلم الإجمالي بوجود مال الغصب فيها، و العلم الإجمالي بمنع الإرث عن بعض الوارثين خصوصا البنات فإنهن يمنعن من الإرث كثيرا و تقسم أموالهم على غير الجبهه المشروعه فهل يتوهم أحد أن العلم الإجمالي في هذه الموارد يوجب تنجز العلم الإجمالي و كذلك العلم الإجمالي في المقام و ما قيل من الجواب في هذه الموارد فهو الجواب هنا أيضا، و الأ فليس للمقام خصوصيه زائده.

و بالجمله مركز الكلام هنا هو أنه لا بدّ في وجوب الاجتناب من الأرض لأجل كونها مفتوحة عنوه من إحراز أمرين الفتح عنوه و كونها معموره حال الفتح و الأ فلا وجه للاجتناب عنها بوجه، و اما بعد ثبوت الفتح فلا مناص من عدم جواز التملك فيها و لا في أجزائها و أخشابها و أن مقتضى اليد في أراضي العراق و ما يحتمل كون الأرض المفتوحة عنوه فيها أماره الملكيه فلا يرفع اليد عنها بالاحتمال فيما يعتمد عليه هذان الأمران إحراز الفتح مع العماره في عدم جواز التملك و العمل باليد في جواز البيع و الشرى مع عدم الإحراز.

و على هذا فلا وجه للإشكال في بيع أراضي العراق و لا- في أجزائها، فإن احتمال كونها من الأراضي المفتوحة عنوه احتمال بدوى لا يعتنى به.

الأمر الثاني (قوله: أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيه حال الفتح).

أقول: ربما يقال بأن الأراضي التي كانت معموره حال الفتح ثم ماتت و أحيها الآخر تكون ملكا للمحيى لعموم أدله الاحياء و لخصوص روايه سليمان ابن خالد المتقدم، فهي أجنبيه عن المقام، فإنها وارده في الأرض الخربه فهي غير المفتوحة عنوه، و لذا قال (عليه السلام) و ان كان يعرف صاحبها فيؤدى اليه

حقه، و الفتوحه عنوه ليست لأحد حتى يرد اليه حقه، إذا عرف و لو كانت هنا روايه آخر فلم نجدها.

و اما عمومات أدله الإحياء فقد تقدم الكلام فى آخر المكاسب المحرمه عند التكلم فى أن الأراضى المفتوحه عنوه تملك أو لا تملك عدم دلالتها على الملكيه بالاحياء و كونها خارجه عن الأراضى المفتوحه عنوه لوجهين: - الأول: أن الاحياء ليس من أسباب الملكيه بوجه، فإن غايه ما يستفاد منها على ما تقدم هو حتى الاختصاصى و الأولويه و أما الملكيه فلا.

و ثانيا: أنها لا تشمل الأملاك الشخصيه فحياؤها لا يوجب الملكيه بناء على أن الاحياء من الأسباب المملكه فالأراضى المفتوحه عنوه بمقتضى الروايات المتقدمه ملك للمسلمين فلا ربط لأدله الإحياء لها فتكون أدله حرمه التصرف فى مال الغير حاكمه عليها كما لا يخفى.

و بالجمله لا- تدل أدله الاحياء أن الأراضى المفتوحه عنوه تملك بالاحياء بل مقتضى حرمه التصرف فى مال الغير مانع عن ذلك.

(قوله: و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط

أشاره

العوضين بعد الملكيه كونه طلقا).

أقول: و من جمله شرائط العوضين ذكروا كون الملك طلقا يتفرع عليه أمور كثيره التى تعلق بها ما خرج عن كون الملكيه طلقا كالنذر و الخيار و اليمين و الوقف و كون المبيع أم ولد و كالرهن الى غير ذلك مما يخرج المبيع عن كونه ملكا طلقا، و لكن فرعوا على هذا الشرط أمور ثلاثه و تكلموا فيها على وجه الاستقلال و هو الرهن و الوقف و أم الولد.

ما هو المراد بالطلق

و ذكر المصنف ان المراد بالطلق تمام السلطنه على الملك بحيث يكون هذا

ص: ١٥٣

المعنى فى الحقيقه راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجه الى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط فى الحقيقه انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه و غيرها فما ثبت منعه عن تصرف كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعه عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فرعاً، بل الأمر فى الفرعيه و الأصاله بالعكس.

و قد أشكل عليه بأن المراد بالطلقيه عباره عن عدم قصور السلطنه و عدم كونه محجورا عن التصرف، اما لقصور فى المقتضى كما إذا كان ملكه محدودا كالوقف الخاص فان الموقوف عليه فى هذا الوقف و ان كان مالكا للعين الموقوفه على ما هو الحق كما اختاره المشهور إلا أنه لا يصح بيعه لهم لان بيع الموقت لا يصح فى الشرع و اما لوجود المانع كالرهانه و الجنايه و الاستيلاء و يتفرع على دلت عدم جواز بيع الوقف و نحوه.

الظاهر أن ما ذكره المصنف متين، فان ما ثبت من الموارد الخاصه من عدم جواز البيع للحقوق المتعلقه بها المانعه عن التصرف انما هى المانعه بذواتها، فالتعبير بذلك العنوان المنتزع للإشاره إلى ذكر الحقوق المانعه فإن ما يكون معتبرا فى نفوذ البيع السلطنه على البيع فما ذكره شيخنا الأستاذ من المراد بالطلقيه عباره عن عدم قصور السلطنه إما لقصور فى

المقتضى كالوقف، واما لوجود المانع كالرهانه.

لا- وجه له، اما الأول، فلأن بيع الوقف و ان لم يجرز إلا أن عدم الجواز من جهه عدم السلطنه على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعه لا أن الطلقيه بذاتها شرط للبيع.

و اما الثانى: فبناء على عدم جواز بيع العين المرهونه كما هو المشهور استنادا إلى النبوى من أن الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف، فكك إذ المالك ليس له السلطنه على البيع من جهه تعلق حق المرتهن بالعين و عدم كون المالك مسلطا على البيع لعدم انتفاء ما هو شرط فى البيع لا ان الطلقيه شرط فى الملكيه.

و بالجمله هذا العنوان ليس له موضوعيه بما هو فى نفسه و بذاته ليكون شرطا فى الملكيه، بل عنوان منتزع من الموارد الخاصه التى انتفى تلك الحقوق فيها على أنه سيأتى انه لا دليل على عدم جواز بيع الرهن، و اما النبوى فضعيفه السند، و غير منجزه بعمل المشهور.

و بالجمله أن الشرط فى البيع ما دل الدليل على عدم جواز بيعه كالوقف و نحوه على ما ذكره الفقهاء، بل أنهاه بعضهم الى عشرين فهو بذاته مما لا يجوز بيعه لمنع الدليل عنه بالخصوص و عنوان الطلقيه عنوان منتزع من تلك الموارد التى ورد الدليل بالخصوص على عدم جواز بيعه و مشير إليها و الأفعنوان الطلقيه ليس من الشروط ليكون الموارد المذكوره بعدها متفرعا عليه و انما الشرط نفس انتفاء تلك الأمور التى ذكرت فى المقام و عد من شرائط العوضين فعدم وقوع التجاره عليها لأجل الأدله الخاصه و عدم جواز بيعها بذاتها فلا وجه لارجائها الى عنوان اشتراط الطلقيه و القول بانتفائها فى تلك الموارد كما هو واضح.

قوله:مسأله:لا يجوز بيع الوقف

الدليل الأول إجماعاً محققاً فى الجملة و محكياً.

أقول:لا شبهه فى عدم جواز بيع الوقف فأن مقتضى كونه وقفاً إيقاف الشيء و إبقائه على حاله على النحو الذى أوقفه المالك و عدم جواز التصرف فيه على وجه ينافى الوقف فإذا أنشأ الواقف هذا المعنى الذى عرف فى النبوى المعروف يحبس الأصل و سبيل الثمره و عرفه الأصحاب بقولهم تحببب الأصل و تسببب الثمره فبببب البيع مع مقتضاه فان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو نفوذ التصرف فيه ببيع و نحوه من المعاملات فهما لا يجتمعان لكونهما متناقضان

الثانى:دلاله الروايات العامه و العمومات على ذلك

و أن الوقف لا- يجوز بيعه كقوله (عليه السلام)الوقف على حسب ما يوقفها أهلها،و فى بعض النسخ يقفها أهلها فإن الوقف يستعمل لازماً و متعدّياً من دون ان يتعدى بشيء و دلاله هذه الروايه على المقصود مما لا شبهه فيه،فان الواقف يقف على أن تبقى العين و ينتفع بمنافعها و الروايه الشريفه يمضى ذلك و تدل على أن الوقف لا بدّ و أن يلاحظ فيه غرض الواقف حتى لو كان مشترطاً فيه عدم البيع أصلاً لكان متبعاً بحسب مقتضى العموم.

الثالث:قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فأن ما أنشأ الواقف من الوقف مما تشمله الآيه فيجب الوفاء به،فالبيع مناف لذلك.

الرابع:الروايات الخاصه فى خصوص بعض الأوقاف

كروايه أبى على بن راشد قال:سألت أبا الحسن (عليه السلام)(قلت:جعلت فداك انى اشترت أرضاً إلى جنب ضيعتى فلما عمرتها خبرت أنها وقف،فقال:لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملك ادفعها الى ما أوقفت عليه،قلت لا أعرف لها ربّاً قال

تصدق بغلتها)الظاهر أن المراد من الغله ليست هي الحاصله من زرع المشتري و الأ فهى لصاحب البذر فى المغصوب و كيف فى المقام الذى اشترى من غير علم بكونها وقفاً،بل المراد من الغله ما يحصل من الأرض بحسب طبعها من الخضر و الأشجار و المنافع الأخر.

و منها ما ورد فى حكايه وقف أمير المؤمنين(عليه السلام)بعد التسميه هذا ما تصدق به على ابن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقه لا- تباع و لا- توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض الى غير ذلك من الروايات الكثيره،بل فى بعضها لعنى رسول الله(صلى الله عليه و آله)بايع الوقف و فى بعضها أن من أمن بالله و باليوم الأخر لا يبع الوقف و استدل بها المصنف على عدم جواز بيع الوقف مطلقا بدعوى أن قوله(عليه السلام)صدقه لا تباع و لا توهب ليس وصفا لخصوص شخص العين الموقوفه،بل وصفا لنوع الصدقه التى فى مقابل الأنواع الأخر من الصدقات المستحبه أو الواجبه و هذا هو الظاهر من المفعول المطلق المساق للنوع،فان قوله(عليه السلام)صدقه مفعول مطلق كقولك جلست جلسه الأمير،أى نوع جلوسه و هكذا فى المقام أى نوع صدقه لا تباع و لا توهب و من الواضح أن هذا الوصف وصف لنوع الوقف،و ذكره هنا من جهه تطبيق الصغرى للكبرى لا أن الوصف وصف لخصوص الشخص الخاص الذى وقفه على بن أبى طالب(عليه السلام).

ثم استدل المصنف المصنف على عدم كون الوصف خارجيا معتبرا فى الشخص بوجوه بعد استبعاده أولا أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم.

الثانى:أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا،بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد

كدفعه الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا.

الثالث: أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفه فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الامام (عليه السلام) بعدم طرو هذه الأمور المبيحه و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفه شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فان العلم بعدم طرو مسوغات للبيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع.

و هذه الوجوه التى ذكرها المصنف و ان كان متينا و واردا على فرض كون الوصف شرطا خارجيا و معتبرا فى الشخص و لكن الذى ينبغى ان يقال و يسهل الخطب هو أن الشرط ان رجع الى الجواز بان شرط عدم جواز البيع فى الوقف فهو أمر ممتنع لخروجه عن قدرته فان الجواز حكم شرعى و وضعه تحت يد الشارع كنزول المطر فلا معنى لشرط ما هو ليس فى قدرته على أن اشتراط عدم الجواز معناه ان لم يجرى لم يجرى لان مفهوم الوقف هو السكون فهو بنفسه يقتضى ذلك و اشتراط الجواز أنه أن جاز فجاز، و ان كان الوصف وصفا لنفس الوقف فليس فيه مخالفه للمشروع بوجه، فان للواقف أن يشترط فيه ما يشاء لكونه مالكا و مسلطا على ماله فجاز له أن يقف كيف يشاء حتى له أن يشترط عدم البيع و لو مع عروض ما يسوغ البيع من المسوغات كما لا يخفى.

ثم قال المصنف: (و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى الوقف صدقه جاريه ينتفع بها و حق البطون المتأخره عن بطن البائع السابق و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى و عمله و عليه عوضه).

أقول: وليت شعري أنه من أين ظهر مما ذكره ان المانع هي الأمور الثلاثة، بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرد وقفه تخرج العين الموقوفه عن ملكه و كون العين صدقه جاريه ينتفع بها لا يقتضى أن تكون العين متعلقه لحق الواقف و أما حق البطون المتأخره فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا، يكون ذا حق مع أنه لو كان مانعا انما يمنع إذا بيع و صرف الثمن على الموجودين و اما لو اشترى به مثله فلا- يلزم منه هذا المحذور و اما قوله (عليه السلام) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأه الواقف من حسب المال فقد أمضاه الشارع، و اما حق الله فان كان المراد به ان المانع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعى الواصل بواسطه سفرائه من الروايات المتقدمه فلا- كلام لنا فيه، و ان كان المراد من ذلك شىء آخر و إثبات حق له تعالى كالأنفال و نحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى.

(قوله: ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).

أقول: وقد ذكرنا أن الوقف بحسب نفسه يقتضى السكون و الوقوف بإنشاء الوقف إنشاء لسكون مال الوقف مقابل الحركة فمعنى السكون عدم عروض النقل و الانتقال عليه ببيع و نحوه مقابل المتحرك الذى عباره عن طرق ما يقتضى الحركة عليه من البيع و غيره.

ثم ان جواز البيع الوقف تاره يكون بحيث يكون بدله و ثمنه ملكا للبائع الموقوف عليه و يتصرف فيه كيف يشاء كتصرف الملاك فى أملاكهم.

و أخرى لا- يكون ثمنه ملكا للبائع الموقوف بمعنى أن يقوم ثمنه مقام المثلن و يكون بدلا عليه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل و كيف كان فجوازه يحتاج الى دليل، و اما جواز البيع بحيث يكون الثمن ملكا للمالك فبعيد فإنه رفع اليد عن ملكه و جعله وقفا على الموقوف عليهم فلا مقتضى لرجوعه الى المالك ثانيا،

هذا كله مما لا شبهه فيه.

و لكن وقع الكلام بين الشيخ و صاحب الجواهر تبعاً للشيخ الكبير فى أن جواز البيع يكشف عن بطلان الوقف بحيث انه بمجرد جواز البيع يطرء عليه البطلان، كما ذهب اليه الشيخ الكبير و تبعه صاحب الجواهر فذكره فى هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع، بل الضرورة بأن البيع و أضرابه ينافى حقيقته الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً.

و بالجمله أن محصل كلامهما أن جواز البيع لا يجتمع مع الوقف فإذا أجاز البيع بطل الوقف سواء تحقق البيع فى الخارج أم لم يتحقق، و قد خالف فى ذلك شيخنا الأنصارى و تبعه شيخنا الأستاذ.

و حاصل كلام المصنف أن الوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه جواز ابطال وقفها الى بدل أولاً إليه فإن مدلول صيغته الوقف و ان أخذ فيه و المنع عن المعاوضه عليه الا انه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء الدوام ثم أيدته بتنزيله منزله الهبة و قال كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه بالبيع لا بجواز فقط و بالجمله فكما أن مقتضى الهبة هو التمليك مع جواز استرداد العين الموهوبه و أنها لا تبطل بجواز البيع، بل بالبيع الخارجى و كك الوقف فيبطل بالبيع فى الموارد الخاصه التى ثبت جواز بيعه فى تلك الموارد لا بمجرد عروض جواز البيع عليه و يؤيد ذلك ما ذكره المحقق الثانى من انه لا يجوز رهن

ص: ١٦٠

جائزا و تقدم نظير ذلك في المعاطاه و قال لا- يجوز رهن المأخوذ بالمعاطاه لكونها معامله جائزه و الرهن وثيقه فلا يتحقق الا بالملك الطلق.

ثم أشكل عليهما بأنه ان 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 محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن إمعانه و ان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع 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 الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التملك و لذا يطلق عليه الصدقه و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقه فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليا عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر. إلخ.

و الذى ينبغى أن يقال فى توجيه كلام صاحب الجواهر و شيخه وجوه:

الأول: أن يكون معنى قولهم إذا جاز البيع بطل الوقف هو صيروره الوقف ملكا للواقف و رجوعه الى ملكه فهو بعيد، فإنه بعد خروجه عن ملكه فلا مقتضى لكونه مالكا له ثانيا.

الثانى: ان يخرج من الوقفيه و صارت ملكا طلقا للموقوف عليهم بحيث لهم أن يفعلوا فيه ما شائوا من البيع و الهبه و الإعارة و الإجاره كبقية أموالهم الشخصيه و هذا أيضا لا مقتضى له فكلا القسمين لا يحتاج الى نظر فضلا عن احتياجهما إلى إمعان النظر.

الثالث: أن يكون الوقف باطلا- من جهه بمعنى بطلانه من الجبهه التى عرض له ما يجوز البيع فقط لا من بقية الجهات ليصير ملكا طلقا للموقوف عليهم

أو يرجع الى ملك الواقف و من الواضح أن هذا يحتاج إلى إمعان النظر فضلا عن النظر.

و على هذا ظهر الوجه فى عدم جواز رهن الوقف إذ لا يخرج الوقف عن الوقفيه بجواز بيعه من جهة عروض مجوّز من مجوّزات البيع كما ظهر أنه لا- وجه لقياسه بالهبة فإن الهبة يجوز استرداده و الوقف لا- يجوز استرداده لأنه عباره عن الحبس و السكنون مقابل الحركة فليس مفهومه الآ متقوّما بالإيقاف و السكنون و عدم توارد البيع و الشراء و الهبة و الإجاره عليه بحيث يبقى طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل، و هذا بخلاف الهبة فإنها ليست الآ تمليكا محضا.

ثم انه لا- ثمره لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع الوقف قبل عروض المجوّز و على جواز البيع بعد عروض المجوّز ثم دوامه بدوام المجوز و ارتفاعه بارتفاع المجوّز.

ثم إذا طرء على الوقف جواز البيع و لم يبع فى الخارج الى أن زال المانع فهل يزول الجواز أو يبقى على حاله فربما يقال ببقاء الجواز استصحابا لحكم المخصّص كما فى حاشيه الا-يروانى فان المقام من موارد دوران الأمر بين العمل بحكم المخصص و العمل بالعام بعد انقطاع عمومه فحيث انقطع عمومه فى زمان فلا يبقى مجال للتمسك به، فى الزمن الثانى لعدم المقتضى، بل نستصحب حكم المخصص اعنى جواز البيع.

و لكن الظاهر هو العمل بالعام فى غير حاله التخصيص خصوصا إذا كان العموم استغراقيا لما قلنا فى محله انه بعد تخصيص العام يتمسك به فى مورد التخصيص و توضيح ذلك ان للوقف هنا ثلاثه حالات حاله قبل عروض الحاله الموجهه للبيع و المسوغه له و حاله عند عروض المسوغ و حاله بعد عروض المسوغ و ذكرنا فى محله أيضا انه كما أن للعام عموم أفرادى عرضى و كك له عموم

أزمانى سواء كان الحكم واحد أو متعددًا منحلًا إلى أحكام عديده.

و على هذا فمقتضى العمومات الداله على عدم جواز بيع الوقف انما تدل على عدم جوازه فى جميع الحالات بحسب العرض و الطول، فقد خرج من تحتها صورته عروض الحاله المسوغه للبيع فيبقى الباقي تحت العموم و هذا واضح بناء على أن جواز البيع لا يوجب بطلانه، بل يسوغ البيع فقط و إلا فالوقف باق على حاله.

و أما بناء على مسلك صاحب الجواهر فكك أيضا لما عرفت أن قوله بالبطلان ليس معناه رجوع الوقف الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم لما عرفت من بعد كلا المعنيين و عدم المقتضى لهما فى البين، بل معناه هو البطلان من جهه خاصه أعنى الجهه التى أوجبت بيع الوقف و سوغ المعامله عليها و أما بقيه الجهات فمحفوظه على حالها و هو الذى كان محتاجا الى النظر، بل إلى إمعان النظر.

و عليه فالتمسك بالعموم فى غير المقدار الذى ثبت فيه التخصيص من الوضوح بمكان، بل الأمر كك حتى على المعنى الأول و الثانى فإن جواز بيع الوقف و ان أوجب بطلانه سواء كان بالعود الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم و لكن الفرض أن الإبطال ليس مستمرا إلى الأبد، بل انما كان عموم العام قبل ذلك شاملا لما بعد هذه الحاله التى بطل فيها الوقف و عليه فتمسك بالعموم فى الغير المورد الذى نقطع بخروج الخاص و نعمل بالعموم فتحكم بمقتضاه على ثبوت الوقفيه بعد البطلان أيضا فيكون العام مقتضيا لذلك فيحكم بالوقف إلى الأبد الى ان يرث الله الأرض و من فيها.

الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف

(قوله: إذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع).

أقول: بعد ما حكم المصنف أن مجرد عروض جواز البيع على الوقف لا

يوجب البطلان، بل لا- بد من وقوع البيع فى الخارج فتعرض الى أن الوقف بحسب نفسه و الأصل الاولى لا يجوز بيعه، بل لا بدّ من البقاء و هو واضح لما عرفت أن مفهوم الوقف عباره عن السكون فلا بدّ و ان يكون واقفا و ساكتا.

ثم يقع الكلام هنا فى جهتين: الاولى: فى الخروج عن مقتضى ذلك الأصل، بحسب الموضوع بمعنى أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا- يجوز بيعه و الوجه الثانية: فى الخروج عنه بحسب الحكم بمعنى أن المسوّغ لبيع الوقف أى شىء مع قطع النظر عن أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا يجوز بيعه و قد حصره بعضهم بواحد و هو وقوع الخلف بين الموقوف عليهم و بعضهم بثلاثة و بعضهم بخمسه الى غير ذلك من الاختلافات.

أما الوجه الأولى: فوقع الخلاف فى ذلك بين الأصحاب كثيرا،

فذهب

بعضهم الى عدم جواز البيع و عدم الخروج من عموم المنع أصلا،

و هو الظاهر من كلام الحلى و الشهيد، فان ظاهر قول الشهيد أن سد الباب و هو نادر مع قوته هو اختياره ذلك و ذهب بعضهم الى الجواز مطلقا.

و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع

و ليس المراد من المنقطع ما إذا كان الوقف إلى سنة أو الى سنتين، بل معناه أن الوقف انما هو على طائفة خاصه من غير تقييد بزمان خاصّ و الا فيكون حسبما الذى عباره عن حبس العين مع كونها باقيه على الملك و تسبيل المنفعه، و لكن حيث انه لطائفه خاصه ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الآخر و هذا بخلاف المؤبد فإن معناه أن الوقف لطائفه خاصه كأهل العلم من الشيعة فى النجف مثلا كما وقفوا قريه فى كرمانشاه كك و مع عدمهم لمطلق أهل العلم و مع عدمهم العياد بالله لفقراء الشيعة و مع عدمهم لأغنياء الشيعة و هكذا فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر و يدوم إلى الأبد و يبقى طبقه بعد

طبقه و جيلا بعد جيل.

و بالجمله التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد.

و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أي بجواز البيع في المؤبد و بعده

في المنقطع

و لعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز

و بين اجزائه و آياته التي انحصر طريق الانتفاع بالبيع فقط، كحصر المسجد و جذوعه و بعض آياته التي سقط عن الانتفاع به في هذا المسجد بنحو من الأنحاء و هو المحكى عن الإسكافي و فخر الإسلام، و يمكن التفصيل بين ما يكون الوقف تحريرا كالمساجد و نحوها و بين سائر الأوقاف، و يلتزم بعدم جواز البيع في الأول دون الثاني، إلا انه ليس تفصيلا في الحقيقة لأن المساجد خارج عن مورد البحث، فان الظاهر ان مورد البحث ما اعتبر فيه التمليك و المساجد تحرير و عليه فما سيأتي من المصنف من التفصيل بين المساجد و غيره، تنبيه على أصل المطلب لا تفصيل في الوقف بين جواز البيع في قسم و عدمه في آخر

و الكلام فعلا يقع في جواز بيع الوقف المؤبد في الجملة.

الوقف على قسمين تمليكي و فكي

و بعد ما نقل المصنف كلمات الأصحاب فصيلا في الوقف المؤبد، بينما يكون ملكا للموقوف عليهم و بينما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير تحرير كالمساجد و المدارس و الربات و الخانات و ان كان في الحقيقة ليس تفصيلا كما عرفت بناء على عدم دخولها في ملك المسلمين فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة و قال المصنف ان محل الخلاف هو القسم الأول، أي ما يكون الوقف تمليكا و أما القسم الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك و على هذا فلو خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه في

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه في مصالح المسلمين.

نعم يجوز الانتفاع بها بالزرع و الغرس مع ملاحظه الآداب بعدم التنجيس و الهتك كما جاز الانتفاع به قبل الخراب بالجلوس و النوم و سائر الأشغال من المباحث و غيرها إذا لم تراحم المسجديه،نعم يحتمل جواز إجارتها و صرف الأجره في مصالح المسلمين.

و لكن الظاهر أنه لا- فرق بين البيع و الإجاره فإنه بعد خروجها عن الملكيه لأحد و حرمة كما لا يجوز بيعه و تملكه و كك لا يجوز إجاره.

ثم ان المراد من عدم جواز التصرف فيها تصرفا مالکيا خصوصا الحرمة التکليفية و الأ فلا يترتب عليه ضمان بوجه و لذا لو سكن فيها أحد أو اشتغل ما لاشغال المنافيه للمسجديه فليس عليه ضمان.

لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف الفکی

و بالجمله ان كان الوقف تملكيا و لو كان للنوع فهو محل الكلام في المقام و ان كان تحريرا و فك ملك فهو لا يجوز بيعه بوجه لعدم كونه ملكا لأحد حتى يجوز بيعه و يباشره أحد الملاك و كاله أو الحاكم ولايه،بل يبقى على حالها الى ان يرث الله الأرض و من فيها،نعم يجوز الانتفاع بها ما لا يراحم المسجديه و ان تصرف فيها بما يراحم المسجديه فعل محرما فلا ضمان بالأجره لأن الفرض انه ليس بملك لا للخاص و لا للعام كما لا يخفى انتهى الكلام الى تفصيل المصنف بين ما يكون الوقف تملكيا و بين ما يكون تحريرا.

و تحقيق الكلام هنا ان ما يكون تحريرا كالمساجد فان المتيقن من التحرير هو المسجد،فالظاهر أنه لا يجوز بيعه فإن حقيقه البيع على ما عرفت عباره عن المبادله بين الشئيين في جهة الإضافه إلى المالك بحيث يكون كل واحد من الشئيين مضافا الى شخص فيتبدل كل من الإضافتين بتبديل المالين و من البديهي ان المساجد غير مضافه الى أحد بإضافه الحقيقه أو بإضافه الملكيه و مع انتفاع الإضافه كيف يسوّغ البيع أو التجاره عن تراض أو بقيه

المعاملات لما عرفت مفضيلا أنه لا بيع إلا في ملك، ولا بيع إلا فيما يملك و لذا قلنا ان كل ما ليس داخلا تحت الملك كالطير في الهوى و المباحات الأصلية قبل الحيازه لا يجوز بيعه.

و توهم أن المساجد أيضا نحو من التملك للمسلمين كما ان الزكاه ملك للفقراء و الأصناف الأخر أو نقرض مسجدا يملكه المالك للمسلمين وقفا.

توهم فاسد فان المساجد من قبيل التحرير كالعبد المعتق و أنها لله لا بمعنى كونها ملكا له و مضافا اليه ليتوهم جواز بيعها من جهه تلك الإضافه المصححه للبيع، بل بمعنى كونها معبدا للمسلمين ليعبد فيها لله تعالى و يتقرب به فيها و لعل الى هذا المعنى ينظر قوله تعالى وَ أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ بَل هو المحتمل القريب من سائر المعانى و هذا هو المستفاد من بعض الروايات فلا يقاس ذلك بالزكاه فإن الجبهه فيها مالك بخلافه فى المساجد فإنه ليس فيها جهه إضافه حقا أو ملكا فلا يصح بيعها بوجه.

و أما الوقف بمعنى التملك للمسلمين، بان يجعل مكانا خاصا مسجدا بعنوان التملك لا التحرير فخارج عن الفرض فإنه لا يكون مسجدا و متمحضا لله، بل يكون مثل الحسينيات و نحوها.

و بالجملة أن من الضرورى أن المساجد ليس الأ تحريرا و فكا للملك لا تملكيا و عليه فلا يكون بيعه جائزا لعدم وجود الإضافه فيها الى أحد و لو الى الجبهه كالزكاه بحيث يباع المسجد و يكون بدله قائما مقامه فى تلك الجبهه فهذا قسم من الوقف العام.

كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامه مع اليأس عن الانتفاع بها

و من هنا ظهر ما فى كلام كاشف الغطاء حيث ذكر جواز اجاره المسجد الذى خربت القرية و انقطعت الماره عنه و خرب و ذلك فإن صحه الإجاره تتوقف على كونه مضافا الى شخص لتكون الأجره داخله تحت ملكه و قد عرفت أن

باق على وسعته فإنه لا يلزم فى الثالث توفيه المسجد ليس مضافا الى شخص.

نعم، يصح الزرع و الغرس فيه و الانتفاع به بغيرهما مع ملاحظه الآداب كما هو واضح.

الثانى: أن يكون وقفا للذرية بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعتهم

لهم طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل

فلا شبهه أن هذا القسم من الوقف تحبب و تملك أما كونه تحببسا فلان الوقف على ما فسروا تحبب الأصل و تسبيل الثمره و قد جعل الواقف ذلك الوقف كك كما لا يخفى.

و اما كونه تملكيا لهم فلمقتضاء السيره القطعيه العقلانيه على ذلك فإنه لا يشك أحد فى انه إذا ثبت فى ذلك ما يوجب الضمان على شىء يكون ذلك الشىء لهم و لو غصبه غاصب لوجب عليه رده الى الذرية بمقتضى اليد و السيره و من المعلوم أنه لو لم يكن هنا تملك لكان الحكم فيها مثل المساجد من غير ان يوجب الأشغال و الغاصب الضمان على الأجره فلازم هذه السيره هى الملكيه على أن مقتضى الوقف على الذرية يقتضى ذلك بمقتضى مفهوم الوقف فإنه لو كان ذلك مجرد التحبب لكان المناسب أن يقول الواقف وفت لهم بحيث يكون لهم لا عليهم و هذا بخلاف التملك فان الواقف يملك العين الموقوفه لهم و لكن يضيق دائره السلطنه على الموقوف عليهم و لا يجعلونهم مطلقا فى العين الموقوفه لتكون سلطنتهم مطلقه و سلطنه لهم، بل يضيق دائره السلطنه عليهم بالشرط فى ضمن الوقف و بنفسه نظير الشرط الخارجى بحيث يكون الموقوف عليهم مالكا للمنفعه فقط ملكيه مطلقه و أما العين فليس لهم عليها مالكيه إلا من جهه ان تكون المنفعه لهم و أما يفعلون للعين الموقوفه بما شائوا فلا و اذن فتكون السلطنه عليهم لا لهم و لذا قال الواقف عند الوقف وفت عليهم.

و بالجمله مقتضى تلك العبارة هي التملك فإنه لو كان الغرض هو التحسيس لقال وقفت لهم لا عليهم، فان من الواضح انه إذا كان الشخص مالكا لشيء و لم تكن سلطنه مطلقه تكون السلطنه عليهم لا لهم كما هو واضح.

و الحاصل: أنا نستفيد كون الوقف على الذريه تملكاً لا تحسيساً من نفس عباره الواقف عند الوقف لكونها ظاهره فى التملك باعتبار التعبير بعلى الظاهره فى تضيق دائره السلطنه بمقتضى الشرط بمجرد الوقف نظير تضيق الدائره للسلطنه بالشروط الخارجيه.

و اما جواز بيعه، فالظاهر أنه مما لا اشكال فيه كما سيأتى فإن المانع الذى كان فى التحرير غير موجود هنا كما لا يخفى، فإن الإضافه المالكه موجوده و تصرف الموقوف عليهم متعذر لفرض عروض الجبهه المجوزه للبيع و ليس فى البين ما يمنع عن التصرف كأدله حرمه التصرف فى مال الغير فتكون أصاله الإباحه محكمه.

الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات

و طلاب المدارس و الزوار و الفقراء و نحوها من الجهات العامه و هو على قسمين:-

الأول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء و الطلاب

كوقف الحمامات و الدكاكين و الاملاك لهم لتكون منافعها ملكا طلقا لهم بحيث يكون حبس الأصل و تسهيل الثمره لهم بحيث تكون المنفعه لهم و يملكون منافعها و تقسم عليهم كما فى القسم الثانى نظير أوقاف على العلماء و طلاب المدارس، فان غلتها تقسم عليهم و يملكون نفس المنفعه و لا يلزم توفيه جميع الاقسام هنا كما يلزم فى الوقف على الذريه، و غايه الأمر أن الفرق بينهما من جهه أن دائره الوقف فى القسم الثانى تضيق و توسع بكثره الموقف عليهم و قلتهم بحيث إذا كثروا فتوسع دائره القسمه و إذا قلوا فتضيق دائرته و اما فى القسم الثالث فهى

القسمه على جميع السهام و الموقوف عليهم، بل يجوز الإعطاء لواحد و الاختصاص به لان الوقف لجهه و هي متحقق بواحد لصدق الجهه و تحقق الإعطاء لأهل العلم، و هذا بخلافه فى القسم الثانى، فإنه لا بدّ فيه من ملاحظه جميع الموقوف عليهم و توفيه القسمه لهم قلوأ أو كثروا و من ذلك يختلف القسمه سعه و ضيقا باختلاف الموقوف عليهم كثرة و قله و أنه لا بدّ من إعطاء كلهم قسمه حقيقه حتى لو مات أحدهم بعد حصول الغله فتنتقل الى وارثه و هذا بخلافه فى القسم الثالث.

ثم ان هذا القسم من الوقف أيضا تمليك لعين ما تقدم فى القسم الثانى من اقتضاء نفس مفهوم الوقف، ذلك و أنه لو غصبه غاصب يحكم بضمانه بخلاف التحرير و أن السيره العقلانيه تقتضى أن يعامل مع مثل تلك الأوقاف معامله الملكيه لقيامها على الضمان و وجوب الرد على النحو المأخوذ بالملازمه تدل على الملكيه غايه الأمر ملكا للجهه نظير الزكاه و الصدقات و نحوهما و الظاهر أنه لا شبهه فى جواز بيع هذا القسم أيضا مع عروض الجهه المجوّزه للبيع فإنه مع وجود المقتضى له و شمول عمومات صحه البيع عليه و عدم وجود المانع عنه فلا شبهه فى ذلك فانا نشك فى صحه معامله عليها مع تعذر استعماله فما أعد له و وقف عليه فتمسك بأصالة الإباحه و قوله (عليه السلام) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ناظر الى حفظ جهه الوقف مع الإمكان لا مع التعذر.

الثانى) ان يكون وقفا على الجهه العامه من دون ان يكون الموقوف

عليهم مالكا على المنفعه،

بل مالكا على الانتفاع كما ربما يعتبر تملك الانتفاع بمعنى أن الوقف على تلك الجهه كما أنه ملك لهم مضيقا فكك ملكهم بالمنفعه أيضا مضيق بمعنى أنهم مالكون بمنفعه خاصه أى السكن مثلا و الأ فلا معنى للملك على الانتفاع إذ لا معنى لمالكيه الإنسان على فعله بخلافه فى القسم

المتقدم فإنهم مالكون بالمنفعة مطلقا و ملكا طلقا بحيث لهم بيع تلك المنفعة و هبتها و إذا ماتوا تنتقل الى وارثهم و ان كان أصل الوقف ليس ملكا طلقا لهم و هذا بخلافه في هذا القسم، فان الموقوف عليهم يملكون المنفعة الخاصة ملكا مضيقا كالسكنى مثلا- من غير أن يجوز لهم بيعها و إذا ماتوا تنتقل تلك المنفعة إلى الوارث، و من هنا لو غصبه غاصب يضمن الأجره للجهه لا لخصوص الساكن في ذلك، و هذا القسم كالمدارس و الربط و الخانات و نحوها و الظاهر أن هذا أيضا تمليك للجهه العامه للوجوه المتقدمه و السيره العقلايه هنا أوضح من السيره في القسمين المتقدمين، فان هذا القسم من الأوقاف كان موجودا في الزمن الجاهليه أيضا وقفا على طبق مسلكهم فإنها قائمه على ضمان الغاصب فبالملازمه تدل على الملكيه و مما ذكرناه ظهر ما في كلام المصنف من عطف الرباط و الخانات و القناه على المساجد فإنه فرق واضح بينهما إذ الوقف في المساجد تحرير فلا يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحرير فلا- يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحريراً، بل تمليك للجهه العامه فيجوز بيعها فكم فرق بينهما.

و أما المشاهد

فهل هي مثل المساجد أو كأوقاف العامه و يقع البحث فيها في جهتين: الأولى (في أرضها، و الثانية) في الآلات التي توقف عليها من السراج و القناديل و الذهب و الفضة و الفرش و نحوها.

اما الكلام في أرضها: فالظاهر أنها ملحقة بالمساجد و ليست ملكا لأحد بل تحرير محض و من هنا الحقوها بالمساجد في جميع الأحكام الشرعيه و عليه فلا يصح بيعها بوجه، بل يعامل معها معاملة المساجد.

و الحاصل: أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريراً كالمساجد و المشاهد المشرفه فإنها لله و وقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

تكون ملكا لأحد أو لجهه كما أن البيع و الكنائس معابد لليهود و النصارى، من غير أن تكون ملكا لأحد و عليه فلا يجوز بيعها كما عرفت، و اما الوقف للصلاه مثلا فليس بمسجد كما تقدم، و أما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذريه أو وقفا على الكلى كوقف الحمامات و الدكاكين و نحوهما على الكلى كالعلماء و الصلحاء و الفقراء و الزوار و نحوهم من العناوين الكليه بحيث تكون المنفعه ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجهه كالرباط و الخانات و القناطر و نحوها فإنها وقف على الجهه لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعه أيضا مضيق و ربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع و لكنه لا معنى له، و الوجه في كونه تمليكا هو قيام السيره العقلايه على ضمان الغاصب لهذه الأوقاف بخلاف المساجد فبالملازمه نكشف كونه تمليكا و هذا لا- شبهه في جواز بيعها مع عروض المسوخ لها كما سيأتى في مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمس و هو الوقف على الوقف نظير الأوقاف على المساجد و المشاهد و المدارس كما جرت السيره على وقف الدكاكين و الحمامات و العقار على المدارس و المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد غير مملوكه و ذلك فان قوام الملكيه انما هو بالإضافة بين المالك و المملوك فتلك الإضافه خفيفه المؤنه فكما يمكن اعتبار الملكيه للاحياء و الأموات من ذوى الشعور و العقول، فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا للشخص مع الإضافه إلى الذمه على ما تقدم.

و بالجملة أن اعتبار الكلى لغير ذوى الشعور من الأشخاص الجماديه ليس أخف من اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

بل هذا المعنى موجود فى بناء العقلاء أيضا مع قطع النظر عن الشرع فان فى بنائهم اعتبار الملكيه على غير ذوى الشعور.

و عليه فألات المسجد و أسبابه لا تلحق بالمسجد فى الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت و هذا بخلاف آلات فإنها تمليك للمسجد فيجوز بيعها إذا عرض لها ما يسوغ البيع و لا- يبعد، بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التى وقفت على المشاهد المشرفه من القناديل و السراج و نحوهما فإنها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التى أعدت لها و لو كانت هى التزين و تعظيم الشعائر فإنه لا يترتب فائده على القناديل المعلقه من المشاهد و الجواهر المعلقه مع كونها بأعلى القيم و أعلاها الآ التزيين و التعظيم فلا يجوز بيع شىء منها الآ بعروض مجوّز فليس حكمها حكم المشاهد، فإنك عرفت أنها ليست ملكا لأحد، بل هى تحرير كالإمام و العبيد إذا أعتقوا و هذا بخلاف هذه الأمور فإنها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوّز و من أخذها يكون ضامنا.

و من هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات و بقيه الأملاك على المدارس و المساجد و المشاهد و لكن فرق بينها و بين آلات المسجد و قناديل الحرم و جواهره التى وقفت للتزيين و التعظيم و هو ان الدكاكين و نحوها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا طلقا لها و مملوكا شخصا لهؤلاء و كك منافع تكون ملكا طلقا للمساجد و المشاهد بحيث ان لتمويلها بيع تلك المنافع و تبديلها بشىء آخر من غير عروض مجوّز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشىء آخر من الدار و الدكان و نحوها و هذا بخلاف الأصل أعنى ذى المنفعه فإنه لا يجوز بيعها الآ بعروض المجوّز كما أن ما يكون وفقا للعناوين

الكليه أو الذريه تكون منفعتها ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشائون بخلاف أصل الوقف الذى حصل منه النفع فحقيقه الوقف الذى عباره عن تحييس الأصل و تسبيل الثمره موجوده هنا من غير أن يكون تحريرا و هذا بخلاف مثل آلايت المسجد و المشاهد و ما كان وقفا لها للتعظيم و التكريم فان نفعها عباره عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه و سوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجبهه كالمدارس و القناطر و الربط و الخانات فليس للموقوف عليهم إلا الانتفاع بالتفرج و نحوه، أى انهم ما لكون بمنفعه خاصه لا- بجميع منافعا فان مالكيتهم مضيق فيها كتضيق مالكيتهم على أصلها لا أنهم ما لكون بالانتفاع فإنه لا معنى للوقف، بان يكون الموقوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جملة من تلك الآلايت نفعها يكون منحصرًا باستراحة الزوار و المصلين و جملة منها تكون ذو جنبتين أى يكون نفعها تعظيما للشعائر و عائدا إلى استفاده الزوار و المصلين و على كل حال فليست وقفا على الجبهه، بل وقف على نفس المساجد و المشاهد و تملك لها و لكن الداعى يختلف تاره يكون انتفاع الناس فقط، و أخرى تعظيم الشعائر من حيث التزيين فقط، و ثالثه يجتمعان و كيف كان فما كان نفعه عائدا إلى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحل و زوارها و المصلين فيها.

ثم انه من هذا القبيل الاجزاء المستحدثه فى المساجد و المشاهد كاسقف و الجدران و نحوهما فإنها تملك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد الخراب إذا لم يمكن صرفها فى نفسها، بل يمكن القول بذلك فيها إذا لم تكن مستحدثه، بل صار وقفا على هذا النحو كما إذا ابني بناء ثم جعله مسجدا، بل الأمر كك فى جميع اجزاء المشاهد و المساجد أى ما كان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الأرض و الجدار و السقف و سائر

الأجزاء كلها وقف على نحو التملك المسجد والمشهد و ان المسجد والمشهد غيرها أى المكان التى تلك الأجزاء موجوده فيها فإنها بحسب التحليل و الدقه ليست بمسجد و مشهد،بل من أجزائها و ان كان يحرم تنجيسها و هتكها إلا أن ذلك من جهه كونها جزء للمسجد و المشهد و تحقيق هذه الدعوى.

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم و يفتقر اليه و ليس هذا المكان عباره عن الأرض و لا الهواء الموجود فى الفضاء،بل هما أيضا من الأجسام المحتاجه إلى المكان،بل المكان و ان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق،بل مما يتحير فيه العقول و يختلف فيه أهل الفلسفه أيضا فى بحث الاعراض و فى بحث غناء الواجب تعالى من المكان و لكن الظاهر و لو بحسب المسامحه العرفيه أنه عباره عن البعد الخالى من كل شىء حتى من الهوى و لذا لو أخرجت جميع اجزاء المسجد من الأرض و السقف و الجدران الى محل آخر و اترس محلها تراب و جص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديده و انسلخت عن الاجزاء الخارجه و هكذا الحكم فى غير المساجد من الأملاك الشخصيه فإن المكان الذى متعلق حق الناس إذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب و الأجر و الجص و بفرض المحال عن الهواء أيضا،بل الى تخوم الأرض بالفرض المحال لو كان الى تخوم الأرض متعلق حق الغير و ان لم يكن كك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من فوق و تحت و كك فى المساجد فى غير المسجد الحرام، فإنه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الأرض إلى عنان السماء.

فإذا خلقت عن التراب الى تخوم الأرض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان،بل نفس ذلك المكان متعلق حق

الغير و ملك له فليس لأحد أن يزاحمه.

و بالجمله أن المكان سواء كان مسجداً أو ملكاً لأحد ليس عبارة عن الأرض و الهواء، بل جميعها موجود في المكان و ذلك المكان مسجد و ملك للغير من الفوق و التحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الأرض إلى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الأرض إلى عنان السماء مسجد فإنه بلا مدرك فلو خليت الأراضي من جميع الأجزاء الأرضيه، بل الهواء أيضاً محالاً فالمكان الخالي من الفوق و التحت مسجد و ملك للغير بالمقدار الذي يعتبره العقلاء ملكاً في الاملاك و هذا المقدار أيضاً مسجد و كك الأمر في المسجد الحرام أيضاً فلو خربت الكعبه العياذ بالله و أخرجت الأحجار و التراب عنها، فلم تزل الكعبه، بل زالت اجزائها بحيث لا فرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود في السماء الرابع فان جميعها كعبه و كك الى تخوم الأرض فالكعبه غير قائمه بذلك البناء و الذي يدل على صدق هذه الدعوى مضافاً الى ما ذكرناه ما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المساجد و كك المشاهد تحرير ملك و فكك له إلى الأبد حتى يرث الله الأرض بحيث لا ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جدرانها و كك سائر أجزائها عن السقف و غيره لا تبقى إلى الأبد بل تخرب و يتجدد ببناء آخر و لو بعد ألف سنه فلو كان قوام المسجديه و المشهديه بتلك الاجزاء لزال و لم تبقى إلى الأبد فهو خلف و مناقضه و نكشف من ذلك أن المسجديه غير قائمه بها و انما هي أجزاء المسجد كما لا يخفى.

بقي هنا شيء و هو أن ثوب الكعبه هل هي وقف للكعبه أو للزائرين أو للخدمه و انه على تقدير كونه وفقاً للكعبه كيف يجوز أخذه في كل سنه و صرفه في غير مصارف الكعبه.

أقول:الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سنه واحده فلا يجوز التصرف فيه الى سنه ثم يأخذه المتصدى للكعبه و يتصرف فيه ببذله الى خدمته أو الى رواه كيف شاء،بل سمع أن فى المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه فى كل سنه ثوبا للكعبه.

و بالجمله أن ثوب الكعبه لا يقاس ببقية أموال المساجد و المعابد و المشاهد فإنه لا يجوز التصرف فى بقية أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبه فإنه يجوز التصرف فيها بعد سنه لأنه من الأول جعل هكذا خصوصا لو صح ما سمع ما ذكرناه من تهيئته موضع لذلك فى المصر.

و بالجمله ثوب الكعبه ليس وقفا لها ليستشكل فيه بأنه كيف يسوغ بيعه بعد سنه مع كون الوقف مؤبدا،بل هو هديه للبيت ينتفع به الى سنه و لا يجوز لأحد ان يتصرف فيه الى سنه ثم يؤخذ و يتصرف فيه فمن الأول جعل هبه للبيت إلى سنه ثم الى المسلمين أو الخدمه و نحوهم و يشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع أستار الكعبه و الانتفاع به كما فى روايه مروان بن عبد الملك و اما ما ذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهة الاحترام لتنجسه بما يخرج من أسفل الميت.

الكلام فى مسوغات بيع الوقف

(قوله:إذا عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور).

أقول:ذكرت أمور يجوز بها بيع الوقف

منها ان يخرّب الوقف

و ان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك و لكن الخراب ليس موضوعا للحكم،بل موضوع

الحكم هو عدم إمكان الانتفاع به و الخراب مقدمه لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب أيضا، و ذلك كالدار الموقوفه إذا خربت و كذلك اخشابها و الحيوانات الموقوفه لمسجد إذا ذبحت أو الأعيان الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها كاللدور غيرها إذا كانت فى قريه خربت أو غار عنها أهلها و بقيت الدار الموقوفه مسلوبه عنها المنافع و هكذا الظروف و الأخشاب و الأحجار و نحوها.

فتحصل انه لا موضوعيه للخرابيه

ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين: -

الاولى: من جهه المقتضى و الثانيه: من جهه المانع.

اما الكلام فى الجبهه الأولى، أى المقتضى

فحاصل ما ذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور، فلا يجرى شىء منها فى المقام الأول الإجماع.

و فيه ان ادعى الإجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواء كان إجماعا تعبديا أو له كك، إلا انه لا يجرى فى المقام إذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرابه و سقوطه عن الانتفاع به.

الثانى ما فى روايه على بن راشد لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

و فيه انها منصرفه الى غير هذه الحاله لأن النظر فيها ان كان الى موردها فلا شبهه ان مورد كلامنا ما يكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الروايه ليس كك و لذا فرضت فيها الغله فلو كانت ساقطه عن الانتفاع بها لم تكن ذات غلّه و ان كان النظر إلى إطلاقها فلا شبهه فى انصرافه الى غير هذه

الصورة لأن الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفه و ينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعة ملكا تلقا لهم أو يملكون بالمنفعة الخاصة المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا و إلا فلا معنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فإذا سقط الموقوفه عن هذه الحالة فتخرج عن لزوم إبقائها إلى الأبد فتخرج عن الوقفيه التى كانت عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفيه كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر و أستاذه كاشف الغطاء فمن الأول لم يشمل إطلاق الروايه على ذلك و منصرف الى غير تلك الحالة كما ادعاه المصنف(ره)من أنها منصرفه الى غير تلك الحالة.

و اما قوله(عليه السلام)الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فذكر المصنف أولا أنه ناظر الى وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و ان ذكر فى متن العقد و أفاد ثانيا و لم سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا.

أقول:لا-وجه لما أفاده أولا- فإنه يرد عليه أولا- انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف، و ثانيا: أنه لا وجه لتخصيص الروايه بالكيفيات مع شمول إطلاقها للبيع أيضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف و عدم جواز التصرف فيه على غير جهه قصد الواقف أخذ بالإطلاق.

و ثالثا:على فرض عدم شمولها للكيفيات فالأدله الأخرى الناظره على إمضاء الوقف على طبق المعنى اللغوى الذى عباره عن الحبس و السكون و على طبق المعنى الشرعى الذى ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمره كافيه فى الماضيه فلم ترد لأدله المانع على نحو التعبد فعدم جواز

بيع الوقف ليس للتعبد، نعم ما افاده ثانيا من اعتبار إبقاء العين في مفهوم الوقف و لكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم إمكان الانتفاع فلا- يكون حقيقه الوقف متحققه هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الأخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا تمنع عن البيع الأدله المانع بوجه لما عرفت انها مسوقه لإمضاء ما اعتبر في مفهوم الوقف فقط و ليست ناظره إلى جهه التأسيس فمع انتفاء حقيقه الوقف و مفهومه من جهه جواز البيع فلا تبقى في البين أدله الإمضاء أيضا.

أما الكلام في جهه الثانيه أي المانع

فهو ما أشار إليه بقوله، والحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف، الخ.

أقول: انه لا إشكال في وجود المقتضى لبيع الوقف إذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به و تحقيق ذلك ان الأمر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف و بين انتفاع البطن الموجود به و بين تبديله لينتفع به البطن المتأخر و الظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود و البطون المتأخره و ذلك فإن العبارة المقترنه بكلمه الواقف حتى يرث الله الأرض و من فيها مع كون العين الموقوفه مما لا- بقاء لها إلى الأبد قطعاً مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصيه غير دخيله في العين الموقوفه و أن الملحوظ فيها انما هي طبيعي المالیه في ضمن اي شخص كان فما دام يمكن الانتفاع بعينها فيها و الآ فيبدل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلا لو وقف عبدا أو حمارا أو شيئا آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث الله الأرض و من عليها فلا- بد و أن يكون نظر الواقف إلى طبيعي المال و الآ فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العبارة لعدم كونها قابله للبقاء فإذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشيء آخر فينتفع به و هكذا لتبقى إلى

الأبد إلا ان يعرضه بشيء و يهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع و هكذا الأمر فى العين التى تصلح للبقاء و لكن عرض لها ما يسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفه فى قريه فإنه إذا غار أهلها سقطت هذه الدار عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها و تبديلها بشيء آخر فلا- يصرف ثمنها الى الموجودين لينقطع الوقف و ان كانت لعرضه هذه الدار بقاء لما عرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء الى أن يرث الله الأرض و من فيها و الإلتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ما توهم من أن الأوقاف التى لا بقاء لها فإنما تصير ملكا طلقا للبطون اللاحقه فيجوز لهم أن يفعلوا فيها ما يشائون على أن لازم ذلك أن يجوز بيعها بمجرد موت الطبقة السابقه و ان لم يعرض للوقف ما يسقطه عن الانتفاع به و هو خلاف البدهه.

و يؤيد ما ذكرناه أن الأوقاف و لو كانت من قبيل الربط و الخانات لا بقاء لها إلى الأبد فمع ذلك أى معنى لاقتران صيغه الوقف فيها بأنها وقف الى ان يرث الله الأرض و من فيها أى ينفى ما سوى الله كما ذكرت هذه الجملة فى وقف على (عليه السلام) فى الروايه المتقدمه الحاكيه عن ذلك فيعلم من ذلك ان المراد هو ما ذكرناه، نعم مع كون العين الموقوفه هى الأرض فتكون العرصه الخاليه من كل شيء قابله للبقاء.

و من هنا اندفع ما فى المتن من انه إذا كان الوقف مما لا- يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه الى من أدرك آخر أزمته بقائه و لعله الى ذلك أشار بالأمر بالتأمل.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه العمومات الداله على صحه المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنَّهَا تَقْتَضِي صحه بيع

الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإن المانع عنها إنما كانت هي الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانع فتكون هي محكمه و مقتضيه لجواز البيع كما لا يخفى.

و بالجمله أن أدله عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفه باقيه على حالها و أمكن الانتفاع بها فى الجبهه التى وقفها الواقف لأجلها و إذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشموله لها.

و بعبارة أخرى أن ما دلّ على المنع عن بيع الوقف ليس وارد على نحو التعبد، بل إمضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا و غير متحرك بالبيع و الهبه و جعله مهرا للزوجه و غيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضا و إذا سقطت العين الموقوفه عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها و خرجت العين عن الوقف من هذه الجبهه و جاز بيعها كما لا يخفى.

ثم انه يقع الإشكال فى أنه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها و بدل بشيء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الإنشاء من الواقف عليه.

و على تقدير تعلق الإنشاء به فلا فائده فيه فإنه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف إلا فى ملك و بعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف و على تقدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفا إلا بإنشاء جديد فهو منقضى، بل مقتضى القاعدة حينئذ أى مع الرجوع الى ملكه اما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته و للورثه مع موته و هذا هو الذى يقتضى كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ما ذكره المصنف من كون الملكيه للموجودين فعليه و للمعدومين شاتيه فإن الملكيه الشائيه للمعدومين موجوده فى أموال جميع الناس بالنسبه إلى الورثه فليس منحصر بالمقام، بل ملكيه

المعدومين انما هو بإنشاء الواقف لا أن المعدومين يتلقون الملكيه من الموجودين بموتهم كما يوهمه ظاهر عباره المصنف و ان لم يكن مرادا له فان مراده هو ما ذكرناه.

و الذى ينبغى ان يقال ان الإنشاء و ان تعلق بالعين الشخصيه الموجوده فى الخارج و لكن لا خصوصيه للخصوصيه الخارجيه فى العين الموقوفه و انما هى هذه العين الخارجيه مع لحاظ المالىه العاريه عن الخصوصيه الشخصيه فهذه المالىه فى هذه العين الموقوفه الخارجيه ما دامت موجوده و بعدها تكون باقيه فى العين الآخر مع التبديل و اذن فالمالىه المحفوظه مع الإمكان متعلق الوقف فلا فرق فى كونها وقفا بإنشاء الواقف و هذا و الخدشه فيه فى مقام الثبوت.

و اما فى مقام الإثبات فالقربنه على ذلك كون الوقف مؤبدا الى ان يرث الله الأرض و من فيها و عدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أن الوقف انما تعلق بشىء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غايه الأمر ما دامت العين الموقوفه بشخصها باقيه فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الإنشاء و لذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوز اذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنه لو كان ملكا للبطن الموجود لا تنقل حق كل منهم بمجرد موته الى وارثه مع أنه ليس كك.

ثم انه يقع الكلام فى جهات:-

الاولى: هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الأصل فى

كونه وقفا

فالظاهر أنه وقف كأصله فليس ملكا للواقف و لا- للموقوف عليهم إذ لا- مقتضى له، بل ملك للموقوف عليهم ملكيه قاصره لا ملكيه مطلقه و بدل على ذلك نفس جواز بيع الأصل مع عروض المجوز فإنه لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم

ص: ١٨٣

لم يكن وجه لجواز البيع ولا- للزومه، بل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوز فيعلم من ذلك ان الموقوفه أمر قابل للبقاء فما دام يمكن بقائها في العين الخارجيه فيها و إذا توجه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفضلا و لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم و ليس كك.

و الذى يوضح ذلك و كون البدل وقفا أنه لو أتلفه أحد فهل يتوهم أحد أن ما ضمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شبهه في كونه وقفا كالأصل و يجعل مقامه و تثبت لهم الملكيه لها ملكيه قاصره بمعنى ليس لهم أن يفعلوا في البدل، ما شائوا من الهبه و البذل و جعله مهرا للزوجه إلا جواز البيع و من هذا القبيل المثان الذان ذكرهما المصنف.

الأول: ان ديه العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجاز عقلا- مع سرايه حق البطون اللا-حقه إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض.

الثانى: أن بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنه متعلق بالعين من حيث أنه ملك لمالكه الأول فجاز أن يرتفع لا الى بدل ارتفاع ملكيه المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشئ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فى الوجود.

و بالجملة تعلق غرض الواقف بدوام الوقف و كونه مؤبدا و جواز بيعه إذا

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و كون بدله وقفا فى موارد الإلتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البديل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم، بعد ما كان حكم المبدل جاريا على البديل فهل يحتاج إلى صيغته الوقف أم لا يحتاج، فالظاهر أن هذا الاحتمال لغو و ذلك لأن البديل ان كان بمجرد الشراء و البيع وقفا فلا يحتاج إلى الصيغته ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و ان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملك الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا، بل يبقى فى ملك الواقف مع وجوده و ينتقل الى ملك الوارث مع موته و كك إذا كان ملكا للموقوف عليهم.

و بالجمله لو قلنا باحتياجه إلى الصيغته فلا بد و ان يكون ملكا لشخص فى الزمان الفاصل بين البيع و إجراء الصيغته و أى ملزم لإجراء الصيغته و الوقف ثانيا: مع كونه ملكا لأحد، بل له أن لا يوقفه ثانيا.

و ينبغى ان يقال أن البديل وقف من دون احتياجه إلى الصيغته أما كونه وقفا فكما عرفت و اما عدم احتياجه إلى الصيغته فلما عرفت أيضا من أنه مع الاحتياج إليها يلزم ان لا يكون وقفا و لو بالمقدار الفاصل بين البيع، و الوقف و بعده فما الملزم للمالك لان يوقف ذلك ثانيا إذا أراد ان لا يوقف مع انا نقول بالوقفية مطلق على ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الإضافه فما يكون وقفا ملك للموقوف عليهم فى غير موارد التحرير فإذا بدل بشىء آخر يكون البديل أيضا قائما مقام المبدل و ملكا للموقوف عليهم نظير بيع الزكاه فإن بدلها يقوم مقام المبدل فيكون زكاه و هكذا فى جميع الموارد كما لا يخفى.

(و فى حاشيه الايروانى صفحه ١٧٥ ما يرجع الى ذلك).

الجهه الثانيه: فهل يترتب حكم المبدل على البدل

بمعنى انه كما كانت مالكيه الموقوف عليهم بالنسبه إلى الوقف قاصره، فكك مالكيتهم على البدل، أو ليس كك الظاهر أن حكم المبدل ترتب على البدل من جميع الجهات، فلا يجوز إعدامه ولا هبته ولا جعله مهرا للزوجه ولا أكله، لو كان مثل الشاه ونحوها إلا- في جواز البيع مطلقا فإن الأصل لا يجوز بيعه إلا مع عروض المجوّز وهذا بخلاف البدل فإنه يجوز بيعه وان لم يعرضه المجوّز والوجه في ذلك هو أن إنشاء الواقف تعلق بالمبدل مع لحاظ ماليتة بحيث جعل العين الشخصيه الخارجيه وقفا باعتبار ماليتة ليكون الموقف قابلا- للبقاء فما دام شخص الخارجى موجود لا يجوز بيعه إلا مع عروض المسوّغ وإذا انتقل الى البدل فلا يفرق في البدليه بين هذا وذاك ولذا لو رأى المتولى مصلحه فى البيع فيجوز له بيعه أى البدل ثم تبديله بفرد آخر و أن لم يعرضه المسوّغ بخلاف الأصل فإن بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيع البدل لزم كون الفرع زائدا على الأصل و من هنا جاز بيعه بدنانير اليوم مع انه لا ينتفع بها إلا بإعدام الموضوع لكونه قرطاسا فلا معنى فى كون القرطاس وقفا.

نعم، لو كانت الدنانير من الذهب فجاز وقفها لزينة النساء لاحتياجهم إليها فى عرسهم فمن ليس له ذلك ففتزين بها أياما ثم يردها الى محلها و هكذا يأخذها الأخر.

فلو لم يجز بيع البدل، قبل عروض المجوّز لم يجز بيعه من الأول بالدنانير الفعليه.

و بالجملة كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكيه قاصره فكك مالكيتهم على البدل قاصره فكما أن الأصل جاز بيعه فكك الفرع و الأ ل زاد

الفرع على الأصل إلا أن في البدل خصوصيه لا يحتاج الى عروض المجوّز و هي ما ذكرناه.

و دعوى كون البدل أيضا وقفا مع الخصوصيات الخارجيه الشخصيه دعوى جزافيه لاحتياجه إلى الإنشاء الآخر من الواقف فهو منفى و الإنشاء الواحد لا يتكفل بكون الأصل و الفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى.

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصيه وقفا لا يقتضى تعدد الإنشاء و إلا لزم تعدده في المبدل أيضا دعوى جزافيه فإن الواقف إنشاء كون العين الخارجى وقفا بجميع شئونها إلا إذا عرضه المسوّغ فيجوز بيعه فإذا بيع ينتقل الحكم الى البدل من جهه المالىه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل فى حاله جواز البيع فحيث كانت الملكيه عليه قاصره فكك الملكيه على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكيه فيها إلا البيع كما عرفت.

و ذكرنا الى هنا أن الوقف إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه و أن الأدله المانع أيضا لما إنشائه الواقف من حبس العين و تسهيل الثمره فلا تشمل صورته تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الأدله تعبديه كما عرفت أن حكم البدل حكم الأصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكيه قاصره فكك ملكهم على البدل بمقتضى الإنشاء و الأدله المانع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فكما يجوز بيع المبدل و كك يجوز بيع البدل فإنه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الأصل.

الجهه الثالثه: فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا

بل اللازم مراعاة الأصلح فالأصلح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فإنه ذكر أن للعين الموقوفه ثلاثه حالات العين بخصوصياتها الشخصيه و العين بخصوصياتها النوعيه و العين بمالها من المالىه فإذا انتفت

العين بخصوصياتها الشخصية فتبقى فيها الحالتان الآخرتان، واذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوي للخصوصيات النوعية و الجبهه الماليه و ذكروا ذلك فى باب الضمان أيضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققناه مفصلا.

و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى كما ذكره المصنف، اما الوجه فى منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف فى ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها بقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجود شراء المثل بقدر الإمكان.

إذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منافعه من غير ملاحظه خصوصيه العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرهما فحينئذ لا بدّ من مراعاة ما هو الأصلح لحال الموقوف عليهم فإن الموقوفه و ان كانت دارا مثلا، و لكن منافع الدكان من حيث الأجره و عدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار إليه أكثر فيجوز بيع الدار و شراء الدكان بدلها و هكذا و قد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفه بقدر الإمكان كما إذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الأكابر فأراد الواقف بقاءه تحت يد الذريه فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفه فإذا تعذر حفظها و جاز تبديلها ببدل فيجوز أيضا التبديل بأى شىء كان فان ما تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين و لا يفرق فى غرضه تبديلها بأى شىء كان.

و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا ليتنفعوا بثمرته فيبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمانه بستانا فى موضع لا- يصل إليهم إلا قيمه الثمره و بين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة فإن الأول و ان كان مماثلا إلا أنه ليس أقرب الى غرض الواقف و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعه خاصه كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك.

و بالجمله أنه لا- انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثه و مع انتفاء الخصوصيات الشخصيه تلاحظ فيها الجبهه النوعيه و المالكيه، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الآ مدلول كلام الواقف للأدله الخاصه و لدليل وجوب الوفاء بالعقد.

و توهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء الممثال فاسد فإنه ليس هنا شرط ضمنى أولا و على تقدير وجوده فلا يكون مخالفته الآ غير مشروع أو موجبا للخيار و أما فساد البيع بغير المماثل فلا وجه له و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الآ مصلحتهم.

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعاة المماثله أصلا و انما اللازم ملاحظه مدلول كلام الواقف فى إنشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فحيث عرفت أن ملاحظه كلامه من العبارة المقترنه عليه أعنى الى أن يرث الله الأرض و من فيها تقتضى أن تكون العين الموقوفه إلى الأبد فإذا كانت قابله للبقاء فلا كلام لنا فيه كالعرضه الخاليه من العماره و الأشجار و نحوها و الآ- فلا بدّ من التبديل الى ما يكون باقيا و لو بالتبديل على مرات و لا يستفاد من ذلك أزيد من وجوب تبديل العين الى البديل إذا عرضها الخراب و اما كونه مماثلا- للعين فلا- يستفاد من ذلك و لا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى.

و لا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين و ردها بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه و الماليه فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصيه لامتناع اعاده المعدوم و على تقدير إمكان الإعاده فهو ليس بقادر على اعاده الخصوصيات الشخصيه فقهر اتصل النوبه إلى الضمان بالمثل و مع عدم إمكانه أيضا فالى الضمان بالقيمه ففى

باب الضمان فالعين تكون مضمونه أولاً و مع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمه و هذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظه إنشاء الواقف لا يقتضى أزيد من إبقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصيه ما دامت العين باقيه فإذا انتفت العين يكون بدله وفقاً بعد البيع و الشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبيعي البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى.

نعم لو اشترط الواقف عند إنشاء الوقف مراعاة المماثله فى التبدل و أخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها أو يقفها أهلها و هذا أمر آخر لا يرتبط بالتبدل بدون الاشتراط.

الجهه الرابعه: فى أنه إذا احتاج الى التبدل فهل يتصدى به

الحاكم الشرعى أو الموقوف عليهم

أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم و الناظر كليهما كما صنعه شيخنا الأستاذ أو يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخره وجوه.

و الذى ينبغى أن يقال انه يجب مراعاة نظر الواقف بأنه بأى كيفية أنشأ الوقف فان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم و مالكيتهم عليه من دون أن يكون لهم السلطنه على الوقف، بل السلطنه من جميع الجهات بيد الناظر للوقف و متوليه فحينئذ ليس للموقوف عليهم و لا للحاكم أن يتصدى بالبيع أصل، بل المتصدى بذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح، لأنه ولى من لا ولى له، و الناظر ولى الوقف فيتصرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متولياً للوقف لان الناس مسلطون على أموالهم، فيتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه و يجعل توليه الوقف للغير و لا يكون للموقوف عليهم إلا الملكيه فقط لئلا يقع بينهم النزاع و التشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم.

و من هنا ظهر عدم كون الموقوف عليهم متصدّياً بالبيع، فان الواقف مالك على العين فله ان يفعل فيها ما يشاء فإذا وقفها للموقوف عليهم و جعل سلطنتها تحت يد الناظر فيتبع فلا- يكون للموقوف عليهم إلا- ملكيه قاصره من غير أن يقدروا على التصرف فيه غير أنهم مالكون له فلهم منافعهم، و اما السلطنة عليه فهي بيد الناظر.

و بالجمله ان الموقوف عليهم و ان كانوا مالكين للعين الموقوفه الا انهم قاصرون عن التصرف فيها لعدم سلطنتهم عليها من قبل الواقف بل سلطنته تحت يد الناظر فقط بجعل الواقف كما هو واضح.

و ان لم يكن هنا ناظر و لم يجعل الواقف أمر السلطنة للناظر و للحاكم بل وقف العين للموقوف عليهم غير تعرّض لهذه الجهات بوجه فحينئذ يكون أمر الوقف بيد الموقوف عليهم و تكون سلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسيطون على أموالهم، فليس للحاكم و لا لغيره التصرف فيها بوجه، بل يكون تصرفات غير الموقوف عليهم تصرفاً محرّماً فإنه لا دليل على ولاية الحاكم على ذلك كما تقدّم اللهم إلا أن يقال ان الحاكم ولى من قبل المعدومين فإنهم أيضاً مالكون للوقف و لكن قاصرين عن التصرف فيه فيكونون كبقية القاصرين و من الواضح أن الحاكم الشرعى ولى القهر.

و فيه أولاً- أنه لا- كليه لذلك بأن يكون البطن الثانى قاصراً عن الوقف لكونه مع المعدومين لجواز وجودهم و وجود البطن الثالث، نعم يصح هذه الدعوى فى غير الموجودين، فلا وجه لدعوى كون الحاكم ولياً لغير البطن الموجود لقصورهم على الوقف للعدم.

و ثانياً ان المعدومين ليسوا مالكين للوقف و لا- أن لهم حقاً فيه بالفعل ليكون الحاكم ولياً لهم فى حفظ حقهم غايه الأمر أن الواقف جعل لهم فى

إنشاء الوقف حقا تعليقا بمعنى إذا ماتت الطبقة الأولى فتنقل الموقوفه إلى الطبقة الثانية لا إلى الورثة و عليه فلا موضوع لولايه الحاكم لهم أصلا.

ثم ذكر المصنف فى ضمن هذا الفرع فرعا آخر و هو أنه بناء على كون نظاره الوقف للحاكم أو للناظر أو للموقوف عليهم فى البيع و نحوه فهل للناظر على الأصل نظاره للبدل أيضا فيصدى هو بيعه و شرائه أم لا؟ و الظاهر أن هذا أيضا تابع لقصد الواقف و جعله كما ذكرناه فى رجوع أمر الأصل إلى الحاكم أو الى الناظر أو الى الموقوف عليهم فمع الإطلاق فيكون للموقوف عليهم لان الناس مسلطون على أموالهم.

قوله: ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به.

أقول: فذكر المصنف هنا فروعاً الأول أنه إذا لم يمكن شراء البدل للمبدل و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه لكونه من النقدين، فقد عرفت أن النقدين لا يجوز وقفهما لعدم إمكان الانتفاع بهما إلا بالأعدام إلا إذا كانا من الذهب و الفضة و قصد بهما الترتين فإنه يجوز وقفهما لذلك و أما فى غير هذه الصورة خصوصا النقود الفعلية القرطاسيه فلا يجوز وقفها و عليه فلا يجوز دفعها الى البطن الموجود لما عرفت من كون البدل كالمبدل مشتركا بين جميع البطون فحينئذ توضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو وجد فى ظرف التفحص من يبيع الدار مثلا ببيع خيارى يفى ثمن الوقف بشرائه كما إذا كانت هناك دار تساوى ألف دينار فيبيعها المالك بالبيع الخيارى بخمسه مائه دينار و كان ثمن الوقف أيضا خمسه مائه دينار فيجوز ذلك فان فسخ البيع بعده فيرد الثمن مع انتفاع الطبقة الموجود فى البين و ان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى و انفع من الوقف فينتفع به الموجودين و المعدومون.

ص: ١٩٢

ثم قال و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته و لا يعطل الثمن حتى يؤخذ ما يشتري به من غير خيار.

أقول:

و فى كلامه قدس سره جهات من البحث:-

الاولى: أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار

خصوصا إذا كانت مما لا ينتفع به إلا بإعدام موضوعه (قال المحقق الايروانى ان البدل لا بدّ و ان يكون عينا صالحه لأن توقف من جهة اشتغالها على المنفعة فلو كان مما لا منفعة فيه كالدرهم لو فرضنا ذلك فيها لم يجوز جعله بدلا).

و الوجه فى ذلك هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبدا بحيث يحبس أصله و يسبل ثمره و ما لا نفع فيه إلا بإعدامه فلا يكون قابلا للبدليه، نعم لو قصد به التزّين فلا بأس من جعله بدلا و لكنه أمر نادر الوجود.

و يرد عليه أمران: الأول) أن الوقف و ان كان مؤبدا و لكن يجوز تبديلها بالنقود و ان لم ينتفع بها إلا بإعدام موضوعها و ذلك من جهة ان غرض الواقف انما هو بقاء الأصل و تحبسه و تسييل الثمره و من المعلوم أن هذا لا يكون إلا بالبيع، فان كثيرا من الأعيان الموقوفة ليست قابله للبقاء فلا بدّ من التبديل و تبديل عين الوقف بعين أخرى لا يوجد إلا قليلا فإنه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا بالدكان فانتظار ذلك ربما ينجر الى خراب الوقف و فناءه، فلا بدّ حينئذ من بيعه بالنقود لكونه هو الكثير فإذا بيع بها فيشتري بها ما يكون صالحا للبقاء.

و عليه فالنقود ليست بموقوفة بل فى طريقه الوقف و صراطه بحيث يسار الى الوقف و جعله مؤبدا بالنقود و إلا فلا يمكن تبديله عادة فإن المعاضه و المبايعه لا يكون عادة إلا بالنقود.

ص: ١٩٣

الثانى: أن الوقف على قسمين: الأول) أن يكون وقفاً بشخصه لتعلق إنشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفاً بخصوصياته الشخصية فلا يجوز التصرف فيه بوجه، حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصره إلا إذا عرضه ما يجوز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم إلا الانتفاع بها.

و الثانى) ما يكون وقفاً لكونه متعلقاً لإنشاء الواقف بحسب ماليته بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف و أنه لم يكن حبساً ليكون مؤجلاً- و لم تكن العين الشخصية قابله للدوام فهمنا من ذلك أن غرضه بقاء المالىه بعد ما سقطت هذه العين بالخصوص عن الدوام.

و عليه فالبدل بعد التبدل وقف لأجل كونه بدلاً عن الوقف و لذا قلنا بعدم احتياجه فى كونه وقفاً إلى الصيغه كما تقدم، و من الواضح أنه بدل للمبدل فى الحاله التى يجوز بيعه فى هذه الحاله فالبدل أيضاً يجوز بيعه مطلقاً و عليه فلا مانع من بيعه بالثمن أى النقود و كونها وقفاً بالتبدل لكونها قائماً مقام الوقف فيكون وقفاً ثم تبدله ببدل آخر و هكذا كما أنه لو بدل الوقف من الأول بالعين الصالحه للانتفاع يجوز تبدلها بعين أخرى أيضاً لما عرفت أن البدل ليس كالأصل حتى لا يجوز بيعه، بل هو جائز البيع مطلقاً من الأول بل كان قوام البدليه بالبيع و الأ يلزم مزيه الفرع على الأصل لأن الفرض أنه بدل لما يجوز بيعه فالبدليه فى حاله جواز البيع.

لا يقال انه و ان كان يجوز بيع البدل مطلقاً و لكنه لا بدّ و ان يكون فى سلسله الابدال كل واحد من الابدال جائز الانتفاع به و الأ فيكون الوقف لغوا إذ لا معنى لكون شىء وقفاً مع أنه عديم النفع.

فإنه يقال يكفى فى خروج كون النقود وقفاً عن اللغويه كونها بدلاً عن الأصل مقداراً من الزمان يمكن تحصيل بدل آخر يكون قابلاً للانتفاع به مع

بقاء عينه لما عرفت من ندره تبديل العين الموقوفه بعين أخرى تكون قابله للانتفاع بها.

و بالجمله لا مانع من الالتزام بكون النقود وقفا في سلسله الابدال نعم لا تكون وقفا من الأول كما عرفت.

فتحصل أنه لا مانع من بيع الوقف بالنقود ثم اشتراء عين أخرى لينتفع بها الموقوف عليهم.

الجهه الثانيه: في شراء العين الصالحه للانتفاع بها بهذا الثمن

بالبيع الخيارى

و يقع الكلام هنا في أمرين: - الأول: في جواز شراء البديل بالبيع الخيارى و عدمه.

الثانى: في اعتبار إذنه في ذلك و عدمه و انه هل يجب البيع مع مطالبته ذلك أم لا.

أما الأول: فربما قيل بعدم جواز ذلك

لأن الوقف يجب أن يكون مؤبدا و البيع الخيارى في معرض الفسخ فلا يكون وقفا.

و فيه أنه قد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفه البديل ليس على نسق وقفه المبدل لثلا يصلح للبديله ما لا يكون قابلا للدوام، بل يجوز تبديل الوقف بكل شىء حتى الخبز الذى نفعه بإعدامه و بالفواكه غايه الأمر يبدل ذلك أيضا بشىء آخر و هكذا فيكون بهذه التبدلات المالىه محفوظه التى تعلق غرض الواقف بكونها باقيه و ينتفع بشمرها.

و على هذا فلا مانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخيارى فإن فسخ البائع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذى كان غرض الواقف هو ذلك، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحييس الأصل و تسهيل الثمره و الثمن أيضا باق على حاله فيشترى به شىء آخر لينتفع به الموجودون

و المعدومون، و ان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوى بخمسه دنانير و ما اشترى بثمنه يساوى عشرين ديناراً.

أما الأمر الثاني: فالظاهر أنه يجب الشراء

سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا، و لا- وجه لتقييد وجوب الشراء بصوره المطالبه كما فى المتن و ذلك لأن الانتفاع بالوقف و ان كان حقاً للبطن الموجود و لكن ليس لهم إسقاط ذلك و لو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مده.

و ذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف كك فلا بدّ بحسب إنشاء الواقف و إمضاء الشارع له أن يجعل الوقف هكذا فما دام العين موجوده فهو و بعد تبديلها بالعين الأخرى فلا بد و ان يجعل بدله هكذا و ان لم ينتفع البطن الموجود بنفعه أو رضى ببقائه بلا نفع فان رضايته بذلك و عدم رضايته أو انتفائه و عدمه بان لم يأخذ نفعه أصلاً ليس ميزاناً فى المطلب و لا يوجب تغيير إنشاء الواقف.

الجهه الثالثه: فى جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء

البذل فهل يجب ذلك أم لا،

بل يجوز دفعه الى الموقوف عليهم فقد عرفت أنه ذكر المصنف أنه حيث كان الوقف حقاً للبطن الموجوده و البطن المعدومه و كونهم شركاء فى ذلك فان وجد ما ينتفع به البطن الموجود يجب شرائه و لو بالبيع الخيارى ينتفع به الموجودين مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعدوم و الأ- فلا يجوز دفع الثمن الى البطن الموجود، فإنه كالمال المشترك فهل يجوز دفع المال المشترك الى بعض الشركاء.

اذن فيجب وضعه عند أمين الى ان يوجد ما يمكن ان يكون بدلاً للوقف فيشترى به لينتفع به البطن الموجود و البطن المعدوم.

و فيه انك عرفت فى بحث الأمس أن المعدومين ليس لهم حق فى الوقف

أصلا فضلا عن كونهم شريكا فيه و انما العين الموقوفه ملك للموقوف عليهم.

نعم، فالواقف بحسب إنشائه جعله للبطون المعدومه على تقدير موت البطون الموجوده و بقاء العين الموقوفه فليس لهم الا حق تقديري و تعليقي و عليه فيجب دفع الثمن الى البطون الموجوده لكونهم مالكيين له و الناس مسلطون على أموالهم.

نعم، لو كان الثمن في معرض الخطر مع الدفع إليهم، بل يجعل عند أمين و لكنه ليس مختصا بثمان الوقف، بل الأمر كك في أصل الوقف أيضا، بل في كل من كان الوقف في يده و لو كان ناظرا و خيف منه لكونه غير مبال في الدين و أكل أموال الناس و الموقوفات فإنه حينئذ يجب استنقاذ الوقف منه و وضعه عند أمين.

قوله: نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحه في التجاره جاز

مع المصلحه الى ان يوجد البدل.

أقول: لا- شبهه في جواز الاتجار بثمان العين الموقوفه ما لم يوجد البدل مع رضائه الموقوف عليهم و اما بدونها فلا، لأن الناس مسلطون على أموالهم و انما الكلام في أنه هل يكون ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو أنه كالعين في اشتراك البطون فيه وجهان، الظاهر هو الثاني فإن الثمن كالمبيع و ربحه بمنزله جزء المبيع لا بمنزله منفعتة فلا يختص به البطن الموجود فهذا نظير إعطاء الوقف الذي يساوي بعشره دنانير و أخذ شيء آخر بدله الذي يساوي بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام ما يحاذى بعشره فيكون كله وقفا كالمبدل و ليس ذلك مثل الإيجار فإن الأجره من منافع العين الموقوفه فتكون ملكا تلقا للموقوف عليهم.

قوله: و لو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز.

ص: ١٩٧

أقول: من جمله ما ذكره المصنف من الفروع أنه إذا خرب مقدار من الوقف وبقى المقدار الآخر كالنصف فيبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه في النصف الآخر ليجوز زياده النفع أم لا؟ فاختر المصنف جواز ذلك.

و حاصل كلامه: أنه إذا خرب نصف الوقف مثلا- وبقى النصف الآخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق، و لكن إذا صرف ثمن نصف الخراب في النصف الباقي يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقي كنحو السرداب و ازياذ القبه للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا؟ الظاهر هو الجواز، فان الواقف بحسب إنشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها و استفدنا أيضا من القرائن المحفوفه بكلامه كونه دائميا الى أن يرث الله الأرض و من فيها و عليه فلا يفرق في حال الواقف و لا في حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشيء يكون له نفع في كل شهر مثلا عشره دنانير أو صرفه في النصف الباقي لتكون إجارته بخمسين ديناراً و الحال أن الأجره كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غايه الأمر مع رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا يجوز التصرف في مال غيره إلا برضايته و ما قلنا بكونه دائميا بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لأننا لو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و إذا صرفناه في التعمير فيكون أيضا عينا موجودا غايه الأمر يكون في الأول بعنوان الاستقلال و في الثاني بعنوان الجزئية فهو لا يفرق في المطلب فإنه على كلا الفرضين أيضا يجوز تبديله بشيء آخر ليكون قابلا للبقاء.

نعم، لا يجوز صرف الثمن في التعميرات التي ليست لها عينه كالترتينات و نحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندراس، و اما مثل الأجر و الأخشاب و الحديد فلا مانع منه، فإنه يمكن تبديلها بعد الاندراس أيضا.

و من هنا يعلم انه يجوز صرفه فى الوقف الأخر هكذا الذى كان وقفاً لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق فى ذلك لحصول غرض الواقف بحسب إنشائه و غرض الموقوف عليهم كما إذا وقف الواقف داراً و دكاناً فخرّب نصف الدار فبيع فيجوز صرف ثمنه فى النصف الباقي للدار و فى الدكان بحيث فى أى منهما صرف يزداد نفعاً.

قوله: و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى

عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه.

أقول: ذكر المصنف هنا فرعاً و رتب عليه فرعاً آخر، فحاصل ما ذكره أنه لو خرب نصف الدار الموقوفه و بقى الآخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلاً- و لكن لا- يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنه و لكن ينقرض البطن الأول إلى تلك المده و ينتقل الوقف إلى البطن الثانى فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقي و تعميره حتى يستمر إلى ان يمكن للبطن الثانى الانتفاع به أم لا- الظاهر انه لا يجب إلا إذا شرط الواقف تعمير الموقوفه من منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم، بل لا يجوز بدون رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكاً لهم فلهم تبديله بشىء آخر لينتفعوا به فعلاً، و أما حفظ الوقف للبطون اللاحقه لينتفعوا به هؤلاء أيضاً فليس بواجب فان نسبه البطن الأول إلى البطن الثانى كنسبه الجوار و الأجنب إلى البطن الثانى فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الأوقاف التى كانت فى معرض التلف فليس كذلك فالموقوفه فعلاً ملك للبطن الأول فلهم الانتفاع به و ليس للبطن الثانى حق فيها الا الحق التقديرى بحسب إنشاء الواقف كما عرفت، فأبى دليل يجب أن يصرف البطن الأول أموالهم فى حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقه الوقف التى تحييس الأصل و تسبيل الثمره موجوده فعلاً، نعم لو كان

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير و الصرف لتحقق غرض الواقف و لكن ليس الأمر كذلك، نعم يجب صرفه في التعميرات الجزئية التي يترتب على عدمها خراب الوقف كما إذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب في سقفه فإنه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر الى خراب الوقف و انهدامه و عدم إمكان انتفاع البطن الموجود أيضا فمثل هذه الأمور التي لا يحتاج إلى مؤنه زائده بل إلى عشره فلس مثلا يجب، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف في ضمن العقد فإنه لو لم يجب تعمير مثل هذه الأمور من منافع الوقف الانهدام في مده قليله و خرب و هذه خلاف كونه أبديا.

و بعبارة أخرى تاره يكون الخراب مستندا إلى الأمور الجزئية كما تقدم فلا شبهه في وجوب التعمير و صرف مقدار من المنافع فيه و أخرى يكون مستندا الى الكون و الفساد إذ من البديهي أن الموجودات الخارجيه لا تبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فإنها بالأخره تكون فانيه حسب طول المده و مرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمر مده البقاء حتى يصل الى البطون اللاحقه.

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعه الحاضره التي يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم و علم أنه لا يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم في حفظه و إلا لوجب لجميع الناس حفظ الأوقاف للبطون اللاحقه بل حفظ المال للوارث إذ لا- خصوصيه للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا تلقا الأ- أن يشترط الواقف إخراج مؤنه الوقف عن منفعه قبل قسمه الموقوف عليهم.

ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر.

فذكر فرعين مهمين منها:-

الأول: أنه لو كان الوقف في موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن

لغيره

كما إذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الأمر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكا مجانيا أو يباع بضمن فيشترى شيء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلا- شبهه في جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شيء آخر بدله إذ عرفت سابقا أنه لا- خصوصيه للخراب، بل يسوّغ بيعه إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و أيضا عرفت أن مقتضى الإنشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبع لا يكون دائميا و هذا إذا وقعت الدار الموقوفة في شارع الحكوميه فذهب نصفها في الشارع أو لم يذهب أصلا و لكن كان بناء الحكومة أخذها في أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فإنه ح لو لم يبيع الوقف سيملكه الحكومة مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف.

و بالجملة فيجوز بيع الوقف في كل مورد بقيت العين الموقوفة على حالها و لكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها و ان انتفع غيرهم فإنه ح يجوز بيعها.

الثاني: انه لو علم بزوال الوقف بعد مده لا يمكن الانتفاع به للموقوف

عليهم حتى البطن الأول

كما إذا أوسع شارع فوقعت الدار الموقوفة في وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شيء و ليس لها تابوء و قبالة رسميه حتى يؤخذ ثمنه و لكن لا- يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا- الظاهر انه يجوز، بل يجب لما عرفت من عدم الخصوصيه للخراب، بل المناطق سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ما عرفت أن القرينه تقتضى دوام الوقف فلو لم يبع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع و تبديله بشيء آخر ليدوم

ص: ٢٠١

الوقف و تحفظ حقيقه الوقف على ما إنشائها الواقف بحسب إنشائه و هنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل.

قوله: الصورة الثانيه ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به.

أقول: قد عرفت ان المصنف ذكر هنا صوراً، الأول ما تقدم الكلام فيه و هو ما كان الوقف خراباً بحيث خرج عن الانتفاع به حتى بالدقه العقليه كالشاه المذبوح و الحصرير البالى و الجدوع العتقه فإنها لا ينتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها بإعدامها و الأ فاللحم الباقي ينتن فلا يكون قابلاً للانتفاع به و هكذا الأمور الأخر و قد عرفت جواز البيع فى هذه الصورة و عدم شمول الأدله المانع عن بيع الوقف على ذلك، بل يباع و يبدل بشىء آخر ليكون قابلاً للانتفاع إلى الأبد فإن حقيقه الوقف بذلك و يكون العين حسباً و الثمره تسبيلاً كما هو واضح.

ثم ذكر الصورة الثانيه و هى أن يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع معتد به بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعه فيه، و ان كان له نفع بحسب الدقه العقليه ثم فصل فى هذا القسم بين ما يكون الوقف بحيث لا يقال بهذا النفع لقتله فيكون هذا مما يجوز بيعه لانصراف الأدله المانع عن بيع الوقف عن ذلك و بين لا- يكون كك، بل يقال فى العرف ان لهذا العين منفعه و لكن قليله بالنسبه إلى العين قبل تلك الحاله فهذا لا يجوز بيعه لعدم الوجه عن صرف الأدله عن ذلك.

ثم ذكر صورته ثالثه و هى ان يخرب الوقف بحيث يقل نفعه لا أنه ينتفى نفعه بالكلية كما فى الصورة الاولى، و لا أنه قلت بمرتبته ليلحق بالمعدوم كما فى الصورة الثانيه، بل تقل منفعته بالنسبه إلى المنفعه قبل عروض تلك الحاله أقول: لم يتحصل لنا شىء مما ذكره المصنف فى الصورة الثانيه، و ذلك

لأنه ان كان مراده من الصورة ما كان الوقف ساقطا عن المنفعة العرفيه لأجل الخراب بحيث لم تبق للعين فى نظر العرف منفعه أصلا، بل صارت عديم النفع و ان كان لها نفع بحسب الدقه العقليه كما إذا وقف الواقف سريرا و سقط عن السريره بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريره و لكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديدته و ينتفع فى مورد آخر أو يجعل شبكا على السطوح و نحوها و لكن لا يعد شىء منها من منافع السرير و كك لو وقف حمارا لينتفع به فى الحمل و الركوب و لكن سقط عن الانتفاع به لأجل السيارات و مع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسدّ فى مجرى الباب ليمنع عن السارق فلا يقال أن هذا منفعه الحمار و غرض الواقف من حبس العين و تسهيل الثمره شامل لذلك و حينئذ فيكون الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى هو أن فى الصورة الأولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكلية بخلاف هذه الصورة فإن للعين منفعه بحسب الدقه العقليه فإن كان مراده من الصورة الثانيه هو ذلك فلا وجه للاستدراك ثانيا فى هذه الصورة بقوله، نعم لو كان قليلا فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم و أمكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحاله.

فإنه لا وجه للاستدراك بعد ما كان الغرض من الصورة الثانيه هو ذلك و ان كان مراد من هذه الصورة سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد فى نظر العرف مسلوبه المنافع، بل تقل منفعتة كما إذا كانت دار موقوفه و كانت تستأجر فى كل سنه بمائه دينار إلا أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين دينارا و مع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعه فيها، نعم قد قلت منفعتة و حينئذ فالفرق بين هذه الصورة و الصورة

الأولى من الوضوح بمكان و ان كان مراده ذلك من الصورة الثانيه فلا وجه لذكر الصورة الثالثه فإنها عين ذلك.

و بعبارة أخرى لا- وجه لجعل الصورة الثانيه صورتين لأنها اما عين الصورة الثالثه أو غيرها فيكون قسما في مقابلها، بل يراد من الصورة الثانيه هو الشق الأول أعنى ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا- للصورة الاولى و الثالثه و لا شبهه في جواز بيعه أيضا فلا يعد هذه المنفعة اللاحقه بالمعدوم من المنافع للوقف في نظر العرف و لا تشمله الأدله المانع عن بيع الوقف خصوصا قوله (عليه السلام) و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملك فتكون عمومات صحه البيع محكمه و قد عرفت في الصورة الأولى أيضا أن أدله المنع منصرفه عن عين الموقوفه إذا صارت عديم النفع، بل لا يشمل ذلك مفهوم الوقف أيضا فإنه إنما يشمل ما تكون العين ذا منفعة ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعة كما هو واضح.

ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين

أحدهما ما تقدمت الإشارة إليها سابقا

من قول صاحب الجواهر ببطلان الوقف مع جواز بيعه،

و قال إنه قد عرفت انه لا- وجه لبطلان الوقف، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء و الاستدامه و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم أشكل على هذا أيضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامه فإن الشرط في العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالىه و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

ص: ٢٠٤

أقول: كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر في الصورة الأولى كما نقله كله في أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتي أعنى الأمر الثاني في الصورة الاولى و كيف كان فكلام صاحب الجواهر متين و لا- وجه لما أورده المصنف عليه، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غايه الأمر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهة البيع فقط، و أما الجهات الأخر من الهبه و إعدام الوقف و التصرف فيه بما ينافي الوقف فلا وجه للبطلان.

نعم، لو كان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف و ينقل إلى الورثه لو مات الواقف فلا- وجه له إذ لا- مقتضى و لا دليل على ذلك فان الواقف بعد ما جعل ماله وقفا و حسباً أبدياً كما استفدنا ذلك من القرائن الموجوده في عباره الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه.

و لكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلاً عن إمعان النظر و انما المحتاج الى ذلك هو ما ذكرناه أى البطلان من جهة البيع فقط، بل هذا مقوم لدوام الوقف و بقاءه إلى الأبد و الّا فيكون الوقف منعداً في مده قليله بحسب مقتضى الكون و الفساد كما هو كك في جميع الأوقاف، و ان كانت العرصه باقيه في وقف الدار و نحوها كثيراً.

و اما ما ذكره (ره) من إنكار كون الوقف مشروطاً ببقاءه على كونه قابلاً للانتفاع به أيضاً ليس بصحيح فإن عمده ما ذكره من الأجوبه هو ما منعه من كون الشرط شرطاً في الاستدامه قياساً له بالبيع إذا خرج المبيع عن المالىه و أنه لا وجه لبطلان الوقف و انقلابه الى الفاسد بعد انعقاده صحيحاً.

و الوجه في ذلك هو أنك عرفت أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل

و تسهيل الثمره و عليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمره إذا الحبس لأجل التوصل إلى غايه لا يعقل بقائه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغايه و الآ لم يكن الباقي حيسا لتسهيل الثمره فوقفيه الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فما دام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فإذا سقط شخصه عن النفع فيباع و يشتري شىء آخر فيكون ملكا للطبقه الاولى من الموقوف عليهم، ثم للطبقه الثانيه منهم، فهذا لا- يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به و لا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا يعقل كونه وقفا ما لا نفع فيه حدوثا، بل لو كان الوقف تملিকা كما هو كذلك، لكان تملিকা للعين توصلا الى ملك المنفعه و لا يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعه رأسا و مثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه و ليس من قبيل انقلاب شىء عما هو عليه، بل من انتهاء أمد الصحيح و لا أنه من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف، بل يلزم عليه أن يكون جميع الأوقاف منقطعا لانقطاع أمدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون و الفساد.

و بالجمله ان الكلام فى الوقف المؤبد و لا شبهه أن بطلان الوقف فى مرتبه و من جهه لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال و لزوم حفظ ماليتة فى ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره، بل لو زال الوقف بالكلية بحسب الكون و الفساد و أيضا لا يكون من الوقف المنقطع إذ لا توقيت فى ذلك بوجه و الآ فيكون حسبا و خارجا عن حقيقه الوقف.

و أما قياس المقام بالبيع من جهه أن الانتفاع بالمبيع و كونه مالا لا نعتبر فى صحه البيع الآ حدوثا و كك فى المقام فمن عجائب المصنف إذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل و تسهيل الثمره فبانتفاء

الانتفاع تنتفى الوقفيه فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا و يعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء و كك يعتبر كونه ذا نفع بقاء.

و بالجمله الوقفيه تدور مدار كون العين الموقوفه ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفيه و لا يبقى لها موضوع فإنه لا يعقل بقاء الشيء بعد انتفاء حقيقته.

و هذا بخلاف البيع فإنه لو اعتبر المالىه فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا، بل ما دام مالا فيكون من أمواله فإذا زالت المالىه عنه بانتفاء منافعها فيكون من أملاكه، و مع زوال ملكيه أيضا فيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبائع بقاء متقوما بالمالىه فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بإمكان الانتفاع من العين الموقوفه كما هو واضح.

و من هنا ظهر بطلان ما أفاده من الوجوه الأخر أيضا و أنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع و لا تشمله أدله المنع خصوصا قوله (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

الأمر الثانى: أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان

أيضا بانعدام عنوان الوقف

فيما إذا وقف بستانا مثلا فلا حظ فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابليه ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه أيضا يدفعه أن العرصه كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه و لو فرض اراده وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف، و ربما يؤيد ذلك فى الجمله ما ذكره فى باب الوصيه من

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارويه و البستانيه و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسبما يقلبه لم يبطل الوقف بتغيير أحواله.

ثم ذكر في عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين.

و أشكل عليه المصنف أولا- بالإجماع على أن انعدام العنوان لا- يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع، و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان.

و ثانيا: أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله وقفت هذا البستان، فلا شك أنه ليس الآ كقوله بعث هذا البستان أو وهبته، فان التملك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران ملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي و ان لم يكن في ضمن عنوان البستان و ليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات، و ان أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا- بدّ من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا في الموضوع زياده على عنوانه.

و أما تأييد ما ذكر بالوصيه فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه، و انما البستان ملكه الموصى له بجميع خصوصياته من العرصه و الأشجار و غيرهما من الاجزاء و كك الوقف لا يبطل بصيرورته عرصه و زوال عنوانه، نعم الوصيه قبل

تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات آخر غير مربوط بما نحن فيه.

ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدأ، هذا ما ذكره المصنف فى جواب صاحب الجواهر و هو متين.

و لشيخنا الأستاذ تفصيل فى المقام و قال ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفه إذا لم يلحق قله الانتفاع بها بالعدم، انما هو إذا بقيت الصورة النوعيه للعين الموقوفه و أما إذا تبدلت بصوره أخرى فيجوز بيعها و ان لم تلحق بالعدم و لا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فإن النخله الموقوفه إذا قلعت تعد عرفا مباينه للنخله لأنها عباره عن الشجره لا الماده المشتركه بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصورة النوعيه عباره أخرى عن خراب الوقف و سيجىء إنشاء الله تعالى فى باب الخيار، أن مناط ماليه الأموال، انما هو بالصوره النوعيه لا الماده المشتركه ثم المدار فى الصوره النوعيه العرفيه العقليه فإذا تبدلت الصوره النوعيه التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع، و لا يقاس انهدام الدار على زوال صوره الشجره فإن الدار مركبه من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه.

و بالجمله حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه و كونها ذات منفعه لأنه عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعه أصلا فكك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينيه التى هى أحد ركنى الوقف.

أقول: ما ذكره المصنف وارد على شيخنا الأستاذ أيضا، و توضيح ذلك

أن العناوين و الصور النوعيه عرفيه كانت أو عقليه و ان كانت موجهه لشيئيه الأشياء في نظر العرف و العقل،الأ- أنها لا- تقابل بالمال بوجه و انما هي دخيله في زياده الماليه للماده و لذا لا يجوز بيع الصور بدون الماده لعدم الانفكاك و قد مرّ في بعض المباحث في المكاسب المحرمه و سيأتى في باب الخيارات إنشاء الله، أو الأوصاف التي لها دخل في زياده الماليه و تعد في نظر العرف من الصوره النوعيه إذا وقعت عليها المعامله و ظهرت خلافها فتكون المعامله فاسده فان وقع عليها المعامله يعد في نظر العرف مغايرا لما ظهر و ان كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضه على الفراس المنسوج بنسج و ظهر المبيع الفراس المنسوج بنسج آخر يغاير في نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمه أو باع كأسا و ظهر قدرا أو باع سكيننا و ظهر مسمارا أو باع ساعه و ظهر قطعه حديد، أو باع صندوقا و ظهر طبلا فان في جميع ذلك يبطل البيع لان ما وقع على البيع غير مقصود و ما هو مقصود لم يقع عليه البيع و أن كانا في الحقيقه من جنس واحد إلا أن العرف يراهما شيئين متباينين فان الرجوله و الأنوثه و ان كانتا من جنس واحد إلا أن العرف يراهما متباينين كما هو واضح.

و ليست المعامله فيها واقعه على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين الماده و الصوره، بل المعامله واقعه على الماده و الصوره موجهه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصوره عن تلك الماده أى الجسم لا الماده الهيولانى المحفوظه في جميع الأشياء و تبدلت بصوره أخرى مغايره للأولى لم تبطل البيع فان نفس الماده قد وقعت متعلقه للبيع و تعنون الأشياء بتلك الصوره لا توجب وقوع المعامله على نفس العناوين فإنها إعراض لا تقبل الانفكاك

ولا- يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفية أو وضعيه بحيث تكون مملوكه و قابله للتملك كما هو واضح،و بالجمله الصور النوعيه العرفيه واسطه لوقوع المعامله على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضا كك فإنه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أن نفس تلك الأشياء بموادها موقوفه و ان كانت ماليتها بصورها النوعيه العرفيه و لا تدور الوقفيه مدار نفس الصور و العناوين لعدم انفكاكها عن المواد و لا يمكن وقوع المعامله عليها بنفسها من الهبه و الصلح و البيع كما هو واضح،و عليه فأزالت الصوره النوعيه لم تزال الوقفيه بل تكون ماده التي معنونه بعنوان أيضا وقفا و ان لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصوره الزائله.

نعم،تزول الوقفيه بزوال الصوره و الماده كليتهما إذ ليس المراد من الماده هي الهيولى لتكون محفوظه في ضمن شىء من الأشياء و ان كان في ضمن التراب،بل المراد منها هنا هي الماده العرفيه أعنى الجسم الذى كان معنونا بعنوان و لا شبهه أنه ينتفى كانتفاء صورته.

و على هذا فإذا وقف شيئا و كان مفعول قوله عنوان ذلك الشىء بأن قال وقفت البستان الفلانى أو الدار الفلانيه أو النخله الفلانيه فلا- شبهه أن الوقف هي ذات هذه العناوين المعنونه بها و انما تلك العناوين معرّفات إليها و مقومات لماليتها و ليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها ماليه تكون وقفا منفكه عن الماده بحيث تدور الوقفيه مدار نفس العنوان فإذا زالت زاله الوقف و إذا ذهب عنوان البستان و عنوان الدار و عنوان النخله كانت عرصه البستان و عرصه الدار و النخله المقلوعه غير وقف،بل باقيا في ملك الواقف،

بل العنوان فى المركبات الاعتباريه لا ينتزع الا من أمور متعدده فينحل إلى أمور عديده كعنوان الدار فان الدار ليست إلا مركبه من العرصه و القيب و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا- وقف الأرض و تلك القيب و معنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار و العرصه فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصل.

و بالجمله لا نعقل معنى محصيا لوقف العنوان المجرى بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أن فى المركبات الحقيقه لا تنفك الصوره النوعيه عن الماده لكونها متحده فى الخارج حقيقه و كك فى المركبات الاعتباريه كالدار و البستان فان العنوان فى ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وفقا خاليا عن المواد.

و بعباره أخرى إذا وقف الواقف نخله لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شىء أم لا فإن بقى ذات النخله فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخله للموقوف عليهم كما هو المفروض و ان لم يبقى فى ملك الواقف شىء فبعد زوال عنوان النخله و صيرورتها خشبه فلما ذا صار ملكا للواقف.

الكلام فى الصوره الثالثه

قوله الصوره الثالثه أن تخرب بحيث يقل منفعتة لكن لا الى حد

يلحق بالمعدوم.

أقول: لو خرجت العين الموقوفه عن الانتفاع بها على الوجه الأول بأن قلت منفعتها كما إذا كانت الدار تستأجر بمائه و انما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

ص: ٢١٢

كالمصنف وغيره و في محكى الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الأ على هذا الوجه كما في مسأله النخله المنقلعه.

و الظاهر أنه لا يجوز من جهه أنه يجوز الانتفاع من النخله المقلوعه فى التسقيف و نحوه و لا نتصور وجها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقه الوقفيه محفوظه أعنى حبس العين و تسبيل الثمره فإن النفع موجود فى ذلك و تشملها الأدله المانع عن بيع الوقف فإنه لا مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و قوله (عليه السلام) (١) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك.

و بالجمله أن مقتضى حقيقه الوقف و مفهومه إبقائه على حاله إذا أمكن الانتفاع به و زوال بعض المانع لا يستلزم جميعها فان مثل النخله المقلوعه يجوز الانتفاع بها بالتسقيف و نحوه، و عليه فتشمله الأدله المانع عن بيع الوقف.

الكلام فى الصوره الرابعه

قوله: الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.

أقول: و المشهور، بل المجمع عليه فى هذه الصوره عدم جواز البيع بل لم ينسب الخلاف الأ الى المفيد و العلامه لم يرض بهذه النسبه أيضا فأول كلامه و معنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعه الحاصله تدريجا و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى للمنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف لقوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

ص: ٢١٣

و قوله (عليه السلام) الوقف على حسب ما يقفها أهلها نعم

و قد استدل على الجواز

بروايتين:-

الأول:روايه جعفر بن حيان

(١)

و فى المتن حنان قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه ثلاثمائة درهم فى كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، فقال جائز للذى أوصى له بذلك، قلت أ رأيت ان لم تخرج من غله تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائه درهم، فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغله ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت نعم، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغله شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك، قلت أ رأيت ان مات الذى اوصى له قال ان مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثه لم يبقى منهم أحد كانت ثلاثمائة درهم لقرابه الميت يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغله، قلت فللورثه قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا لم يكفهم ما يخرج من الغله، قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا، فان ظاهر الذيل هو جواز بيع الوقف إذا كان البيع انفع فتكون شاهده لجواز البيع فى الصورة الرابعه.

و فيه أنه

لا يجوز الاستدلال بهذه الروايه على جواز البيع من وجوه:

الأول: أن الروايه ضعيفه السند

إذ لم يثبت فى الرجال مدح لجعفر بن حيان و لا وثاقته، فغايه الأمر إمامى و أما ما فى المتن من ذكر الحنان بدل الحيان فلم يذكر فى الرجال أصلاً فالروايه لا يمكن الاستدلال بها على الجواز.

ص: ٢١٤

الثاني: أنها مضطربه متنا

لاشتمالها على الجمع بين الوقف و الوصيه و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصيه على الوقف لكونه ملكا للموقوف عليهم فليس له التصرف فيه و تملكه أو تملكه لكون ذلك كله على خلاف مقتضى إنشاء الوقف من حبس العين و تسهيل الثمره الآ أن تحمل الوصيه على الاشتراط فى متن العقد بان وقف و أوصى فى متن الوقف أن تكون ثلاثمائة درهم من غلته لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابه ثلاثمائة درهم فيكون الإيضاء على مقتضى الشرط فى الوقف الآ- أنه خلاف الظاهر من الروايه، بل الظاهر منها اجتماع الوقف و الوصيه فيكون ذلك موهنا لها.

الثالث: أنها تدل على أنه ليس لقرابه الواقف أن يأخذوا حقهم

إذا خرجت من الأرض خمسمائة درهم حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك مع أنه على خلاف القواعد أيضا، فإنه لماذا ليس لهم أخذ حقهم الآ- بعد إخراج حق الموصى له، بل يجوز إخراج حقه و تقسيم الباقي لأقرباء الموصى، أى الموقوف عليهم، فإن كون ثلاثمائة درهم من الغله للرجل الأجنبي بعنوان الاشتراط و تملكه له من ملكه فلا يتوقف على اطلاع الموقوف عليهم و حضورهم لأنه ليس بعنوان المشاع حتى يتوقف على حضورهم، نعم لو كان بعنوان الوصيه لكان مشاعا.

الرابع: أنها لا تدل على المدعى

فإنها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثه: الأول: عدم كفايه غله الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع.

و الثانى: رضائه الموقوف عليهم على البيع.

و الثالث: كون البيع انفع و أعود لهم و بانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثه ينتفى جواز البيع و هذا بخلاف مفروض المقام فإنه عباره عن البيع فى فرض

الاحتجاج إليه إذن فالرواية أجنبيه عن المقام كما لا يخفى، كما أشار إليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الأصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لروايه.

الثاني: خبر الاحتجاج

(١)

ان الحميري كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه جعلني الله فداك انه روى عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم أن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذي لا يجوز بيعه فقال (عليه السلام) إذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إنشاء الله.

فهذه الرواية تدل على جواز بيع الوقف اما في خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و اما مطلقا بناء على عموم الجواب و لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم روايه جعفر، فان مفهوم قوله (عليه السلام) فيها إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع إذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز.

أقول: أما روايه جعفر فقد تقدم الكلام فيها، و اما روايه الاحتجاج فقوله إذا كان على امام المسلمين فلا يجوز بيعه، فالظاهر ان المراد منه عدم جواز البيع لغير الامام، و إلا فإذا كان ملكا له فلما ذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه و كيف كان

فلا دلالة في الرواية على المدعى لوجوه:

الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفه السند

إذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابله للاستدلال بها على المقصود.

الثاني: أن الرواية تدل على جواز البيع مطلقا

إذا كان أصلح لهم

ص: ٢١٤

سواء كان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصلح للموقوف عليهم في جميع الحالات فإنه في صورته عدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع إليهم متدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيره و هذا بخلاف البيع فإنه حينئذ تملكون الثمن دفعه واحده فيفعلون به ما يشائون و أصلحيه ذلك ما لا يخفى حتى في غير حال الخراب مع أن هذا لم يقل به أحد و توهم تقييدها بمفهوم خبر جعفر الحيات فاسد لعدم اعتباره كما عرفت.

الثالث: أن المستفاد من الروايه جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم

أو لا يكون

فإن الأصلحيه إنما ذكرت في كلام السائل فلا يكون موجبا للتقييد و إلا فالجواب مطلق، فتكون معارضه لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و غير ذلك، فحيث أن تلك الروايات قيدت بما دل على جواز بيع الوقف في صورته الخراب كما عرفت في صورته الأولى فبانقلاب النسبه تكون الروايات المانعه أخص من روايه الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيد بها هذه الروايه فيحكم بعدم جواز البيع إلا في صورته الخراب بحيث سقط عن الانتفاع به فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.

على أن ما دل على المنع مشهوره من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها و ترك العمل بروايه الاحتجاج.

الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان

الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء

و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد، فان مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله أيضا وقفا فيكون ملكا للبطن الموجوده ما دام موجودا فيكون النفع لهم فلا- يجوز لهم الهبه و إعدام العين و بعد الموت يكون ملكا للبطن اللاحقه.

ص: ٢١٧

و بالجمله لا يجوز العمل بهاتين الروايتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز إلا ما نسب الى المفيد و قد عرفت إنكار العلامة النسبه.

الكلام فى الصورة الخامسة

قوله: الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده.

أقول: قد جَوَز بعضهم البيع فى هذه الصورة، بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه إلا أنه معارض بدعوى الإجماع على عدم الجواز على أن الإجماع المنقول ليس بحجه و ربما استدل على ذلك بروايه جعفر المتقدمه لقوله (عليه السلام) فيها إذا احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغله لهم أن يبيعوا الأرض.

و فيه ما ذكره المصنف و حاصله أن ظاهر الروايه أنه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمؤنه سنه الموقوف عليهم و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوزون بيع الوقف عند الضروره و الحاجه الشديده لا ينطبق على هذه الروايه فإن النسبه بين الحاجه الشديده و بين مطلق الفقر عموم من وجه، فإن الإنسان قد يكون فقيرا و لا تكون له حاجه شديده لكونه واجدا لما يكفيه فى إداره شؤونه من مال الفقراء كالزكاه و الصدقات ورد المظالم، و قد لا يكون شخص فقيرا، بل موسرا جدا و واجدا من الأموال بما لا يعلم حسابه إلا الله و مع ذلك تتفق له الحاجه الشديده فى بعض الأوقات كما إذا كان فى بلد لا يصل الى ماله و لو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه و رفع الحاجه أو فى بلده، و لكن ليس له نقد و لا يباع متاعه و احتاجت الى النقد احتياجا شديدا و كان عنده وقف يشترونه

ص: ٢١٨

بالنقد فيمكن أن يقضى حاجته ببيع الوقف و قد يجتمعان فلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجه الشديده بروايه جعفر الحيان أنك عرفت أنها ضعيفه السند و غير قابله للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم.

الكلام فى الصوره السادسه

قوله: الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه أو إذا كان

فيه مصلحه البطن الموجود أو جميع البطون.

أقول: فقد اختلفت كلمات الأصحاب فى أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف فى ضمن الوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا و قول بعدم الجواز كك و قول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحه و المجوز من الخراب و نحوه من المسوغات فليل بالجواز و بعين ما يشترط جواز البيع فى غير هذه الصوره فليل بعدم الجواز إلا أنه ليس تفصيلا فى الحقيقه فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركى فإن هذا الشرط الذى فى فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فإنه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح، ثم على تقدير القول ببطلان الشرط فى كونه مبطلا- للعقد و عدمه و جهان، اذن فالأقوال ثلاثه قول بالجواز مطلقا، و قول بالبطلان مطلقا و مع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط و قول بكونه مبطلا للعقد أيضا.

و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين: الأول) فى أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا و الثانى فى جواز اشتراط بيعه ليكون ثمنه ملكا طلقا للموقوف عليهم و عدم جوازه و على كل تقدير فتكلم فى جهتين

ص: ٢١٩

الأولى: في كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد و عدمه.

الثانى: في كونه مخالفاً لمقتضى السنه و عدمه إذا ليس في الكتاب ما يكون راجعاً الى ذلك حتى نتكلم في مخالفته للكتاب أيضاً.

أما المخالفه لمقتضى العقد فالمدار في ذلك على أن يكون المنشأ في العقد مضاداً للشرط و مناقضاً له كما لو اشترط في البيع أو يكون بلا ثمن أو اشترط في الإجاره أن تكون بلا أجره أو اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجره أصلاً.

و أما إذا لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد و إنما يكون منافياً لمقتضى الإطلاق فلا مانع عنه كما إذا اشترط في البيع أن يكون ثمن مؤجلاً- أو أن يكون من نقد خاص و عليه فإن كان التأييد من مقتضيات الوقف و من منشئاته فاشترط البيع عند الحاجه مناف لمقتضى عقد الوقف بلا شبهه و أما لو كان من مقتضيات إطلاق الوقف فلا مانع عن بيعه، و أما بيعه ليكون بدله أيضاً وقفاً مثل أصله فربما قيل بعدم الجواز بدعوى أن مقتضى الوقف هو التأييد و الواقف إنما وقف الموقوفه ليكون الوقف أبدياً كما هو مقتضى مفهوم الوقف أيضاً فاشترط بيعه يكون مناقضاً لمفهومه فلا يجوز، و عليه فكما ان الشرط فاسد فكك أنه مفسد أيضاً للمناقضه.

و فيه أن حقيقه الوقف كما تقدم حبس العين و تسبيل الثمره و قد استفدنا دوامه من العبارة الموجوده في صيغته الوقف من قول الواقف الى أن يرث الله الأرض و من عليها و بهذه القرينه جعلنا متعلق الوقف هي المالىه الموجوده في هذه العين، و في بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوّز له و تبديله بوقف آخر لا ينافى مقتضى الوقف فكك اشترط تبديله بوقف آخر أيضاً لا ينافى بمقتضى العقد فإنه على كل حال

فالوقفية محفوظة في صورتى وجود العين و تبدليها بشىء آخر، نعم ما دامت العين موجوده فالخصوصيات العينيه أيضا مورد للتوجه و محط نظر الواقف و بالجمله لا- نرى بأسا لا-اشتراط تبدل العين الموقوفه فى ضمن صيغه الوقف فإن المؤمنون على شروطهم و أوفوا بالعقود و الوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك أيضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف، نعم الاشتراط ينافى إطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفه باقيه على وقفية.

و أما الوجه الثانى فربما يقال انه يبنى صحه الوقف حينئذ على صحه الوقف المنقطع الأخر و كونه وقفا لا حسبا و حيث أن المختار صحته لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا و ان يقيه على حاله.

أقول:الظاهر أن صحه الاشتراط هنا لا- يبنى على صحه الوقف المنقطع الأخر و توضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الأخر إلا الإجماع و حيث أنه دليل لى لا يشمل ما نحن فيه و ذلك فان اشتراط الانقطاع على أقسام:- الأول: أن يوقف و يشترط فى ضمن الوقف بيعه بعد عشر سنوان و كون الثمن للموقوف عليهم و هذا من أفراد الوقف المنقطع فصحه ذلك يتوقف على صحه كليه وقف المنقطع لأنه من مصاديقه أيضا.

و أخرى يوقف عينا كالدار و نحوها على فلان و لعقبه إلى خمس مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من أقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كأول مورد للإجماع على بطلان الوقف المنقطع فى هاتين الصورتين يكون الوقف من الأول بحسب الإنشاء منقطعا فيكونان

موردين للإجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الإجماع و حجيته.

الثالث: أن يكون الوقف بحسب إنشاء الواقف مؤبداً من غير أن يقيد بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعاً بحسب إنشاء الواقف و لكن يشترط في ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاء فهذا ليس وقفاً منقطعاً الآخر بوجهه، و إنما هو وقف مؤبد و لكن يقطعه بحسب الاشتراط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع الآخر لا يجرى هنا لكونه دليلاً لبينا فلا بد من إرادته المتيقن من ذلك و ما هو المتيقن إنما هو القسم الأول و القسم الثاني، بل يدل على صحته ذلك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و المؤمنون عند شروطهم، فإن عقد الوقف تحقق على هذا الشرط و كك يقتضى صحة هذا القسم من الوقف قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فإن أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كك.

و أما توهم أن هذا منافي لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلاً، فيبطل الوقف توهم فاسد و ان مفهوم الوقف ليس إلا حبس العين و تسهيل الثمره و الواقف إنما أنشأ هذا المفهوم و هو أعم من الدوام و الانقطاع، نعم إطلاقه يقتضى الانقطاع فاشترط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافى بمقتضى الوقف و ان كان ينافى بمقتضى إطلاق الوقف.

و إنما استفدنا الدوام من جهة القرائن الخارجيه لا من جهة كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح، لا يخفى.

و بالجملة لم نر بأساً من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلاً عن العين الموقوفه في الوقفيه أم لا يكون بدلاً بل ملكاً طلقاً للموقوف عليهم و على كل حال فليس ذلك الاشتراط منافياً لمقتضى الوقف أصلاً.

و أما المقام الثاني بأن يكون الاشتراط منافيا لسنه أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنه فإن قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملكك يدلّ على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا.

اللهم الا أن يقال أن قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعبديا في مورد عدم جواز بيع الوقف، بل إمضاء لمفهوم الوقف كما أشرنا إليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون و الوقوف و البيع و الشراء و نحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون و انما هي حركه العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف و لا تدخل الغله في ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف لا بدّ و ان يكون ساكنا و ليس له أن يتحرك بالبيع و الشراء و الهبه كما لا يخفى.

و عليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنه أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببدل آخر الذى لا اشكال فيه أصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت فى ان اشتراط قطع الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح.

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنه و الشروط المخالفه للكتاب أو السنه فاسده و لكن ذلك ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فإنه فاسد و مفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد و مناقضا له فينقض العقد و يفسده، و لكن الشرط المخالف للسنه كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى فى باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا، فحيث ان المختار لنا هناك عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا و ان اشترط فيه

قطعه كما هو واضح.

ثم العجب من شيخنا الأستاذ حيث اقتصر في البحث في المقام على المقام الأول فقط اعنى كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا و لم يتكلم أصلا في أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنه أم لا فكان عليه(ره)ذلك و لكن تركه و أما التمسك في ذلك بخبر جعفر المتقدمه بدعوى أنه إذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط اولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ما ذكرناه من جواز البيع صحيحه الكافي الداله على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقه و شرط فيها جواز البيع للحسن و الحسين(عليه السلام)إذا حدث فيهما حدث فتكون داله لما نحن فيه، فإنه إذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى و تأويل الروايه بإرادته الوصيه من ذلك من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحه و مع ذلك فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الروايه مشكل و العمل بها أشكل.

و أما التأويل فهو مشكل كما ذكره و أما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجهها بعد كون الروايه صحيحه و عمل جمله من الأعاضم على طبقها.

نعم لو كان على خلافها إجماع أو شهره عظيمه فكان لهذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشهور عن الروايه يوجب الوهن كما قال نظير ذلك في المعاطاه فله وجه لعدم وجود الروايه هناك، و أما في المقام فلا مجال لهذا الكلام.

الكلام في الصور الأربعة الأخيره

الصوره السابعه أن يؤدي بقاء الوقف الى خرابه علما أو ظنا و هو

المعبر عنه بخوف الخراب في كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، وخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال و النفس و ان لم يعلم أن يظن بذلك و قد صرح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضاً.

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس و مجموع تلك الصور و ان لم تذكر في كلام واحد من الفقهاء و لكنها ذكرت في كلماتهم على التفريق و قد نظمها المصنف و جمعها إلى عشره صور.

ثم إن الكلام في هذه الصور الأربعة يقع في جهتين:-

الأولى في العقد الإيجابي و هو جواز البيع مع تأديه البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً سواء كان ذلك لأجل الاختلاف أو غيره.

و الثانية: العقد السلبي و هو المنع في غير ما ذكر في الجهة الأولى من جميع الصور.

أما الجهة الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه:

الأول: ما ذكره

المصنف

و محصل كلامه أن المقتضى لجواز بيع الوقف في هذه الصور موجود و المانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضيه لصحة البيع أو وجود المقتضى فالأنه مال لملكه فيجوز بيعه للعمومات مقتضيه للبيع أما وجود المانع فهي الأدله الشرعيه المانعه عن بيع الوقف و هي لا تنهض للمانعيه هنا، أما

ص: ٢٢٥

الإجماع فلاختصاصه بغير هذه الصورة لكونه دليلاً لئلا يؤخذ منه إلا المقدار المتيقن.

و أما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغله فى ملك فلأنها منصرفه عن هذه الصورة لما عرفت من أنها ناظره إلى صورته عدم سقوط العين الموقوفة عن حيز الانتفاع بها و أما إذا سقطت عن ذلك فلا تشملها تلك الأدلة على أنه لا تتم دلالة قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم.

و أما الموقوف عليهم و الواقف فيبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقهم إذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفة و لا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع و التبديل بعين أخرى فإن ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم.

و بالجمله الأدلة المانعة عن بيع الوقف و ما يؤيده كلها غير جارية هنا و اذن فلا بأس من البيع فى هذه الصورة.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن هذه الصورة ملحقه بالصورة الاولى و هى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته إلى الخراب أو الظن به المعبر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه.

و بعبارة أخرى إذا احتمل احتمالاً عقلائياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقاً لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً و لكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الأستاذ فلأن الأدلة المانعة عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف و لا تدخل الغله فى

ملكك لا قصور في شمولها للمقام فان الانتفاع بالعين الموقوفه ممكن بالفعل و لا يكون العلم بخرابها بعد سنه مثلا مجوز لبيعها فعلا فضلا عن الظن بذلك أو الأمارات المعتمده كما إذا قامت البيئه على أنها تخرب بعد سته أشهر و فضلا عن احتمال الخراب.

و بعبارته أخرى أنه لا يجوز بيع الوقف للوجه المذكوره على ذلك، و انما الخارج عنها ما يحرز خرابه بالفعل و أما فى غيره فلا وجه لجواز البيع بوجه، بل يبقى تحت أدله المنع.

و بالجمله بعد ما كان الوقف مما يمكن الانتفاع به فلا وجه لبيعه لشمول أدله المنع عليه و ان علم أو قامت البيئه المعتمده على خرابها فضلا عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلى كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف فإن الأدله إنما تنصرف عن المنع عن بيع العين الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها و ما نحن فيه ليس كذلك، بل هو من مصاديق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها على النحو الذى وقفها الواقف، نعم الإجماع على تقدير حجيته لا يشمل المقام و أما حفظ حق الواقف و الموقوف عليهم فقد عرفت بطلانها و عدم كونها وجها لعدم جواز بيع الوقف.

نعم، بناء على حفظ حق البطلون اللا-حقه فلا- بد من بيع العين الموقوف مع مظنه الخراب أو العلم به و تبديلها بعين أخرى لثلا يزول حقهم كما أشار إليه المصنف فى كلامه و لكن عرفت انه لا- دليل على ذلك فان البطن الموجود ما لكون على الوقف بالفعل و جاز لهم الانتفاع بها فعلا فلا دليل على وجوب رفع اليد عن ملكهم لحفظ الموضوع على ملك الأشخاص الأخر و الآ لوجب حفظ مال الناس و ان توقف على صرف المال و قد تقدم هذا فيما

سبق في فرع أنه إذا توقف حفظ الوقف للبطون اللاحقه على صرف مقدار من منافع الوقف عليه، فهل يجوز إجبار البطن الموجود على ذلك أم لا؟ وقلنا لا وجه عليه، فإنهم مالكون على نفعها فلا ملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير، بل ينتفعون بها ما دام موجودا فان يبقى للبطون اللاحقه فتنتفعوا بها، والآ فلا و هذا واضح لا خفا فيه.

و الحاصل: ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الداله على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الأربع، وانصرافها عنها و قال شيخنا الأستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلى موضوع للحكم بجواز بيع الوقف.

و فيه ان الحكم الفعلى تابع لموضوعه الفعلى و أنه لا وجه لانصراف الأدله عن هذه الصور بأجمعها بعد ما كان الانتفاع بالوقف ممكنا كما في حاشيه الايروانى.

ثم نقل المصنف(ره) وجهين على جواز البيع فى هذا الصور.

الأول: ما عن لف و كره و المهذب و غايه المرام

من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعدّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه فيدور الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه، فالثانى أولى بغرض الواقف فيجوز التبديل و جعل بدله وقفا مكان المبدل.

و فيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دل عليه صيغه الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

الثانى: ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعه

و إتلاف للمال و هو نهى عنه شرعا

فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز

بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

و فيه أن المحرم انما هو التصدى بإضاعه المال و أما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمة كما إذا مرض الغنم و لم يقدر مالكة على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

ثم انه استدل على جواز البيع فى كل واحده من الصور الأربعة بمكاتبه

ابن مهزيار

(١)

قال كتبت الى أبى جعفر الثانى عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما أشتريها أو يدعها موقوفه فكتب الى أعلم فلانا انى أمره ببيع حصتى من الضيعة و إيصال ثمن ذلك الى ان ذلك رأى إنشاء الله تعالى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت إليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعة اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس،الخبر.

و فيه أولا أنها ضعيفه السند و دعوى انجبارها بالشهره دعوى جزافيه إذ على فرض تسليم الكبرى لا نسلم الصغرى لعدم انطباق شىء من الأقوال على الروايه فلا ينجبر ضعفها بالشهره.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصه الإمام عليه السلام من دون طرو مسوغ للبيع فلا بد من حملها اما على صورته اشتراء بعض الضيعة من

ص: ٢٢٩

سهم الامام (عليه السلام) أو على قضيه خاصه غير معلومه الجبهه.

و توهم أن الامام (عليه السلام) له الولايه على جميع أموال الناس، بل رقبتهم فكيف بمال نفسه فجاز أن يكون أمره (عليه السلام) على البيع من جهه الولايه و فيه أن هذا التوهم فاسد، فان ظاهر قوله (عليه السلام) انى أمره بيع حصتى من الضيعه، و إيصال ثمن ذلك الذى ان ذلك رأى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له هو أن الامام (عليه السلام) انما بين حكم المسأله فى نفسها لا بما أن له الولايه على العين الموقوفه.

و أيضا أنهم استدلوا على القول السابع بقوله (عليه السلام) ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال بناء على أن يكون المراد بالأموال هى العين الموقوفه.

و فيه أولا: أن ظاهر التعبير بصيغه الجمع هو تلف مطلق الأموال أعم من الوقف و غيره.

و ثانيا: أن القائلين بجواز بيع الوقف فى هذه الصوره انما يقولون فى مورد العلم بأدائه إلى الخراب أو الظن المتأخم بالعلم و لفظه ربما يستعمل فى المحتملات فتصير النتيجة أنه إذا احتل طور الخراب على الوقف جاز بيعه و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فيما نعلم، فكيف ينجر ضعف الروايه بالشهره: - على أن قوله (عليه السلام) ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فى جواب السؤال عن بيع حصه الباقيين و تقسيم ثمنه إليهم لا- ينطبق على القواعد و ذلك لانه لا- وجه لتصدى الواقف بالبيع فإنه بعد ما وقف ماله فصار كسائر الأجانب.

و توهم انه اشترط كون التوليه عليه خلاف الظاهر من الروايه و أن مقتضى القواعد أن يكون بدل الوقف وقفا فلا وجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

فلا- يمكن العمل بظاهر الروايه، بل يرد علمها إلى أهلها أو يحمل على صورته عدم اقباض الوقف و عدم كون الموقوفه مقبوضه منهم فإنه حينئذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يد الواقف المالك يفعل به ما يشاء و قد حملها على هذا جملة من الاعلام على أن الاستدلال بها على الصورة السابعه ينافي الاستدلال بها على الصورة الثامنه التي عباره عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا- يؤمن معه تلف الأموال و الآ- نفس فان الاستدلال بها على الصورة الثامنه يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفه من سائر الأموال و الاستدلال بها على الصورة السابعه يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفه.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة التاسعه و هي أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل و هو قوله (عليه السلام) فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا يمكن الالتزام به و الآ اقتضى جواز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و هذا مما يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الروايه.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة العاشره و هي خوف تلف النفس يتوقف على الاستدلال إلغاء تلف المال عن الموضوعيه و جعل الموضوع خوف تلف النفس و هو خلاف الظاهر من الروايه، فإن الظاهر منها موضوعيه كل منهما للحكم.

و بالجمله لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شيء من الصوره

السابعه إلى الصورة العاشره،

اما من حيث السند فلا بأس به، و أما من حيث الدلاله فمن جهه أن ما ذهب اليه المشهور في الصور الأربعة لا يستفاد من الروايه و ما يستفاد من الروايه لم يلتزم به أحد فيما نعلم و توضيح ذلك أن

التعليل المذكور في الروايه بقوله(عليه السلام)فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس قد يكون حكمه و يكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرد من غير وجود الحكمه في جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمه نظير كون التنظيف حكمه في استحباب غسل الجمعة أو وجوبه و كون اختلاط المياه حكمه في مشروعيه العده و ان لم يكن موجودا في بعض الموارد كما إذا كانت المطلقه يائسه أو كان المغتسل تنظف في ليله الجمعة و هذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرد الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجر الى تلف المال و النفس.

و ان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه عله للحكم،و مناطا له،بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الأموال و الأنفس الناشى من الاختلاف في هذا الوقف و كونه منشأ له و ان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف و الموقوف عليهم كما إذا كانت الضيعة موقوفه على خادم المسجد و لم يكن بينهم اختلاف،و لكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجر الى تلف المال و النفس فلازم أخذ قوله(عليه السلام)فإنه ربما جاء إلخ عله للحكم تعديته الى كل ما يترتب على الاختلاف الناشى من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلا يمكن الالتزام بالروايه و ان كانت صحيحه.

أقول:اما روايه على بن مهزيار

فمن حيث السند

فلا بأس به لكونها صحيحه السند،

و أما من حيث الدلاله فهي خارجه عن الدلاله على بيع

الوقف فى شىء من الصور الأربعة

بل لا بد من حملها على صوره عدم تماميه الوقف أى قبل القبض و الإقباض كما حملها عليه جمله من الاعلام كالمحدث الفيض و غيره و ذلك لجهات عديده فإنها مؤيده لحملها على صورته قبل

جبهه الاولى: ان صدر الروايه لا ينطبق على الوقف التمام

فإن سؤال السائل فى حصه الإمام التى هى خمس الوقف و انه كيف يصنع بها و جواب الامام عليه السلام بيوعها أو تقويمها على نفسه و إرسال ثمنها اليه عليه السلام لا يتم إلا إذا لم يتم الوقف و كان المال تحت يد الواقف بحيث له ان يفعل به بما يشاء و ذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يبيع الوقف حتى مع اذن الموقوف عليه و من الواضح أن جواب الامام بالبيع و إرسال ثمنه اليه ليس من جهه ولايته المطلقه حتى يرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف.

الجبهه الثانيه: أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف

بين أرباب الوقف بيوعه أيضا لا ينطبق على القواعد

إذ المتصدى بالبيع على تقدير جوازه انما هو من كان أمر الوقف بيده و توليته عليه، و أما الواقف فكسائر الأشخاص أجنبي عن التصرف فى الوقف، و احتمال انه كان مشترط كون أمر الوقف بيده خلاف الظاهر من الروايه فلا يجوز المصير اليه بدون القرينه الصارفه.

الجبهه الثالثه: أنه بعد ما بيع الوقف فلما ذا يقسم بين الموقوف عليهم

مع انك عرفت فيما تقدم أن بدل وقف فلا يصح ذلك إلا بحملها على صورته قبل القبض لا بعده خصوصا يساعد على ذلك قوله ان بيع الواقف أمثل حيث ان الواقف يريد الثواب فإذا فعل هكذا فإنه لا يقع بين الموقوف عليهم اختلاف فيكون أصوب و أمثل.

الجبهه الرابعه: و هى العمده

ان قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الواقف أمثل و مع قول السائل فى سؤاله و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان من الواضح أنه أى خصوصيه

فى علم الواقف بالاختلاف و كذا عدم أمنه عن التفاقم و الشده، بل لا بدّ و أن يكون المناط علم المتصدى بالوقف فليس ذلك إلاّ- إذا كان أمر الوقف بيده و هذا لا يتم إلاّ مع عدم تماميه الوقف و كون ذلك قبل القبض لعدم انطباقها بشىء من الفتاوى المذكوره فى المقام و على هذا فلا- يجوز الاستدلال بها على بيع الوقف بترك الاستفصال كما فى كلام المصنف (ره) و مع ذلك كله فلا يجوز الاستدلال بها على المقصود أيضا مع ذلك التعليل الموجود فيه و ان كانت صريحه فى جواز البيع، بل لا بدّ من ردّ علمها إلى أهلها و ذلك فإنه لا- يخلو اما أن يراد من التعليل الحكمه أو العليه فلا واسطه بينهما فإن أريد منه الحكمه فلازمه القول بجواز بيع الوقف بمجرد الاختلاف و ان لم يؤدى الى تلف الأموال و النفوس فان ذلك كاختلاف المياه فى باب العده فالتعميم ليس بلازم.

و أن أريد منه التعليل و العليه فلازم ذلك التعدى بكل اختلاف يوجب تلف الأموال و الأنفس مع بقاء الوقف و ان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار و الطباخين و العمالين و المتولين و نحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف و كلاهما لا يمكن الالتزام به.

و ربما يقال بجواز بيع الوقف فى تلك الصور لأجل المزاحمه و ان لم يكن فى البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال و الأنفس و بين حفظ المال و النفس و الالتزام بجواز بيع الوقف و بما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه، بل يجب لحفظ النفس و المال.

و فيه أن هذا من العجائب فإن التزاحم انما هو فى مقام العمل، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا فى مقام الجعل و عليه فارتفاع

التكليف عن المكلّف بالنسبه إلى المهم واضح، بأن يجوز بيع الوقف إذا دار الأمر بين بيعه و بين أداء الاختلاف الى تلف الأموال و الأنفس و لكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعى فى مرحله الجعل بأن يحكم بصحه المعامله فإن التراحم لا يوجب رفع الحكم و وضعه فى مرحله الجعل.

و بعباره أخرى أن التراحم يستلزم رفع الحكم التكليفى فى مقام الامتثال عن المهم و يوجب إتيان الأهم و هذا غير مربوط بالحكم الوضعى و حكم الشارع به فى مقام الجعل ليكون صحيحا فى مقام الامتثال، بل يكون البيع مع التراحم المذكور جائزا تكليفا و فاسدا و ضعا فمزاحمه الأهم مع المهم فى مرحله الامتثال لا يوجب الآ جواز الاقدام على المهم تكليفا و يستلزم جوازه و ضعا إذ عدم القدره على الامتثال من المكلف انما هى بالنسبه إلى الحكم التكليفى لا- بالنسبه إلى الحكم الوضعى كما لا يخفى.

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف فى جميع تلك الصور إلا إذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب و الزمان الذى معموره إلا زمان قليل و كذلك فى صورته اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام.

الكلام فى الوقف المنقطع

قوله: و أما الوقف المنقطع.

أقول: بناء على صحه الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف و اما ان يقال بانتقاله الى الموقوف عليهم و على الثانى فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى وراثتهم عند

انقراضهم و اما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، و اما أن يقال بصيرورته في سبيل الله، و على الأول و هو بقائه في ملك الواقف فلا يجوز لغيره من الموقوف عليهم و غيرهم بيعه لعدم الملك، و أما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضى و هو كونه ملكا له و تكون العمومات شامله له و عدم المانع إذا الوقفيه مع كونها منقطعه لا- تكون مانعه عن البيع فيصير المشتري الى أن ينقضى السكنى أن كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار و أما قوله (عليه السلام) الواقف على حسب ما يوقفها أهلها فإنها ناظره الى عدم جواز التصرف في الوقف على النحو الذي ينافى الوقفيه و كذلك لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملكك فان البيع و الشراء لا ينافى الوقفيه إذ الوقف انما جعل السكنى و المنفعه للموقوف عليهم دون الرقبه فإنها باقيه في ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف مسلوبه المنفعه إلى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجره فإنها يكون ملكا للمشتري الى انقضاء مده الإجاره و على هذا كيف ينافى البيع الوقف و كيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الأدله المانعه عن البيع موضوعا.

نعم يكون البيع باطلا من جهه الجهاله فيكون غرريا فهو منهي عنه لأن مده انتفاع الموقوف عليهم و انقراضهم مجهوله و من هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقه المتعده بالإقراء لجهاله مده العده.

و بالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع و ان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضى له و لكن جهاله مده مانعه عنه من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، وورد النص على جوازه و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده، قال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها، قال: نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا- ينقض البيع السكنى كك، سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر (عليه السلام) لا ينقض البيع الإجاره و لا السكن و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنى على ما شرط الخبر، فهو كما ترى صريح فى الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامة و ولده و المحقق الثانى فى المسأله.

و أما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع فى ملك الواقف، بل انتقل الى ملك الموقوف عليهم و قلنا بكونهم مالكين للوقف ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم فلا يجوز البيع حينئذ للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه فأن الواقف قد اعتبر بقائه إلى انقراضهم فيشملة قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف و لا يقاس ذلك بالصوره الأولى فإن فيها أن الواقف مالك للوقف و فى هذه الصوره و ان كان الموقوف عليه مالكا إلا أن الواقف قد وقفه و حبسه بحيث لا يباع و يكون باقيا الى انقراضهم فالبيع نقض للغرض.

و أما لو قلنا بعوده الى ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للموقوف عليهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقائه إلى انقراض الموقوف عليهم و اما الواقف المالك فيجوز له البيع بناء على جواز بيع ما لا يملك ثم ملك، فان الواقف و ان لم يكن مالكا بالفعل و لكنه يكون مالكا بعد انقراض الموقوف عليهم.

و أما لو قلنا بصيرورته فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه مطلقا فإنه عباره أخرى عن الوقف المؤبد و قد عرفت عدم جواز بيعه

غايه الأمر أنه وقف على عده خاصه فى مده ثم على سبيل الله كما لا يخفى.

الكلام فى بيع الرهن

قوله:مسأله:و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا

اشاره

فان الظاهر، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون.

أقول:المشهور، بل المجمع عليه على عدم استقلال المالك فى بيع العين المرهونه، و لكن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذى خالفنا المشهور فى عدم انجبار الروايه الضعيفه بالشهره فإنهم استندوا فى ذلك الى النبوى الضعيف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهره و نحن لا نعلمه و كيف كان ان التصرفات المتعلقة على العين المرهونه على ثلاثه أقسام، فإن قسم منها ينافى حقيقه الرهن و كونه وثيقه لكونه موجبا لزوال العين و خروجها عن كونها وثيقه أو نقصان قيمتها كما إذا ذبح الغنم المرهونه أو آجر السياره الجديده المرهونه أو أخرج الدار و نحوها من التصرفات المنافيه لمفهوم الرهن.

و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقاءه كالسكنى فى الدار و إصلاح العين بالمقدار الذى ينعدم بدونها، فان مثل ذلك معد لبقاء العين.

و قسم متوسط بين القسمين كالبيع و نحوه لعدم منافاه البيع لحقيقه الرهن و لذا جاز رهن العاربه.

أما القسم الأول:فلا يجوز بلا شبهه، و لم يستشكل فيه أحد فيما نعلم و أما الثانى:فلا شبهه فى جوازه، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونه عليه.

و أما التصرفات المتوسطه الغير الموجهه لنقص قيمه كالبيع و نحوه،

ص: ٢٣٨

فالظاهر جوازه و توضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور:الأول:الإجماع التعبدى على عدم جواز،و فيه انه على تقدير حجية الإجماع المنقول فليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكوره فى المسأله و الأ فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جدا.

الثانى:النبوى المعروف الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف و فيه أنه ليس لنا وثوق،بل ظن بصدوره من المعصوم«ع»فلا يكون حجه و توهم انجبار ضعفه بالشهره فى غايه الضعف لما حققناه فى محلّه و أشرنا إليه فى كثير من المسائل المتقدمه من أن الشهره لا توجب انجبار ضعفه الروايه.

و لو سلمنا صحه سند فلا دلالة لها على بطلان بيع الرهن،بل هى ناظره بمناسبه الحكم و الموضوع الى التصرفات المنافيه للرهن كالقسم الأول من التصرفات،و بعبارة أخرى أن مناسبه الحكم و الموضوع فى قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف تقتضى عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق و الاجتماع كما هو واضح.

و أما مفهوم الرهن فهو عباره أخرى عن كون العين وثيقه و من الواضح أن البيع لا يمنع عن ذلك،و لذا جاز رهن العاريه غايه الأمر يشترط فى العقد عدم كون المبيع طلقا،بل كونه متعلقا لحق الغير و مع عدم فكّه يكون للمشتري خيار تخلف الشرط،بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غايه الأمر يكون المبيع معيبا فيثبت للمشتري خيار العيب.

نعم،لو قلنا بكون الرهن كالوقف و لم يكن للمالك علاقه الملكيه كما لا يبقى له العلقه فى الوقف أيضا فلعدم جواز البيع وجه و لكن أنى لهم إثبات ذلك.

و بالجمله لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الإجماع التعبدى

عليه ولا وجود الروايه و عدم صحه النبوى سندا و دلالة و عدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلك.

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازة المرتهن كما اختاره جمع آخر و اختاره المصنف،الظاهر هو الثانى للعمومات الداله على صحه المعامله وضعا و تكليفا و عدم وجود المعارض لها.

و أما توهم الإجماع على البطلان،ففيه أنه على تقدير حجيته فالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أو المرتهن لا مطلقا و أما النبوى فمضافا الى ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلالة فيه على بطلان البيع من أصله،بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن و الذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحه بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الإجازة اللاحقه.

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحه نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيّده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الأدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك معصيه الله أصله فى إبقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

فيما استدل به المصنف على صحه بيع الرهن

ثم ان المصنف استدل على صحه بيع الرهن

الأول بفحوى أدله صحه بيع

الفضولى،

و عن التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا، و لكن الظاهر أن الأولويه ممنوعه من الطرفين أما الثانى فلما افاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله(عليه السلام):لا بيع إلا فى ملك لا يلزمه البطلان هنا.

ص: ٢٤٠

و أما الأول: فلا مكان الالتزام بصحة الفضولى و بطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد الله التستري و ذلك من جهة أن العمومات تشمل للعقد الفضولى بعد الإجازة و انتسابه الى المالك لكون العقد عقد فيكون صحيحا بخلاف المقام، فإنه كالعقد على بنت الأخت و الأخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد و ليس له أفراد عديده فلا تشمله العمومات بعد الإجازة أيضا، و لكن أجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولى أن العمومات شامله لها بعد الإجازة للعمومات الزمانى، فإنه ليس منحصرًا بصورة تعدد الأفراد الطويليه، بل يجرى فى الفرد المستمر فإذا لم تشمل العمومات لعقد مدّه من الزمان لمانع فتشملة بعد ارتفاع المانع.

و حاصل الكلام من الأول أنه لا- إشكال فى بيع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استئذان من المرتهن، بل باستقلاله غايه الأمر شرط على المشتري كون المبيع ملكا غير طلق، بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

و دعوى الإجماع التعبدى على البطلان دعوى جزافيه لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكوره فى المسأله و التمسك فى المنع إلى النبوى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا- وجه لضعف سندّه أولاً و عدم انجباره بالشهره، و لذا خالفنا المشهور فى هذه المسأله، و عدم دلالتّه على المقصود ثانياً، فإن مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافيه للرهن لا مطلق التصرف و من الواضح أن البيع لا ينافى الرهن، و لذا يجوز رهن العاريه و اذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضى له و كونه ملكا للبائع فيجوز التمسك بالعمومات الداله على

و دعوى عدم جواز التمسك بها من جهة أن البيع من الأول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولاً لها، لكونه فرداً واحداً لا أفراد عديده لتكون مشموله لها بحسب العموم الزماني فلا يقاس ذلك بالبيع الفضولي لكونه حين استناده إلى المالك مشمولاً للعمومات و كون العقد عقده و ان لم تشمله من الأول من جهة صدوره من الأجنبي و أما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالك لم تشمله العمومات لعدم رضائه المرتهن و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر، فيكون باطلاً دعوى جزافيه.

بيان ذلك أن العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما كما تدل على صحه العقود بحسب الأفراد الطولية المسماه بالعموم الزماني فكك تدل على صحه العقد الواحد في طول الزمان و في كل آن، و هذا أيضاً عموم زمني فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها في طول الزمان و على هذا فلو خرج في زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلك خروجه عنه في جميع الآتات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فيبيع الراهن و عقد بنت الأخ و بنت الأخت و ان كان قبل إجازة المرتهن و العمه و الخاله غير داخله تحت العمومات و لكنها بعد الإجازة تكون مشمولاً للعمومات.

لا- يقال على هذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات في جميع العقود التي كانت واجده للشرائط بعد ما كانت فاقده لها كما إذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبي و المجنون ثم بالغ الصبي و أفاق المجنون أو فقدت شرائط العقد كما إذا كانت غريباً ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لا يمكن

الالتزام بذلك.

فإنه يقال فرق واضح بين ما نحن فيه و بين الأمور المذكور فان الظاهر من الأدله أن من شرائط العقد حين تحققه أن لا يكون غرريا و ان لا يكون صادرا من المجنون و الصبي و الأ بطل العقد، فإذا كان حين تحققه غرريا أو صادرا من الصبي و المجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبي أو برح المجنون فلا يمكن الحكم بصحة هذا العقد، فان ما تحقق غرريا أو صدر من الصبي و المجنون لم يكن صحيحا عند التحقق و ما يكون فعلا واجدا للشرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذى كان مشروطا من الأول بهذه الشروط، فيكون باطلا.

و هذا بخلاف العقد الفضولى و بيع الراهن فإن صحة العقد فيهما مشروط برضى المالك و المرتهن و لكن لا دليل على كونه كك من حين الحدوث فإذا رضيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك و المرتهن فتشمله العمومات فيحكم بالصحة كعقد المكره بعد الرضاء.

و بالجملة إذا كانت الشرائط من الأمور التعليقيه الخارجه عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقده فلا وجه لكونه صحيحا فى زمان و باطلا فى زمان آخر كبيع الغررى و نحوه و اما إذا كان من الأمور التعليقيه كالرضا فلا وجه لفساد العقد بدونيه إذا كان واجدا لذلك بعد مده لعدم القصور من شمول العمومات عليه كما لا يخفى.

و ما عن صاحب المقابس من أن عقد الراهن كعقد النكاح على بنت الأخ و الأخت بدون رضا المرتهن و العمه و الخاله صادر من المالك غير مشمول للعمومات فبعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها قد ظهر فسادها مما ذكرناه.

ص: ٢٤٣

الوجه الثاني: مما يدل على صحة بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل

عن جواز بيعه استقلالاً الروايات الداله على صحه بيع العبد

معللاً بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده حيث أن المستفاد منها أن عصيان المخلوق في حقهم لا يوجب بطلان المعامله و أما الموجب للبطلان انما هو عصيانه تعالى.

ثم نقل المصنف(ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن

بدون اذن المرتهن سابقا

متمسكا بالإجماعات و الاخبار المحكيه على المنع و النهي، قال و هو موجب للبطلان و ان كان لحق الغير إذا العبره بتعلق النهي بالعقد لا الأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع التوائهما في كون سبب النهي حق الغير ثم أورد على نفسه بما حاصله أنه على هذا يلزم بطلان العقد الفضولي و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساوا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلّت عليه الروايه فيلزم بطلان عقد الجميع أو الصحه فالفرق تحكّم.

ثم أجاب بأن التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبه و ان كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كك كما سبق في الفضولي و الأ فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي و المرتهن إذا كان على نحو الظلم و الغصب فيكون منهيا عنه و باطلا.

و أما إذا كان بقصد النيابة عن المالك فلا وجه للبطلان و أما الراهن المالك فحيث أنه حجر عن ماله برهنه فيكون عقده مستندا الى ملكه لعدم المعنى لقصد النيابة فيكون منهيا عنه و باطلا فيكون ما دل على النهي عن تصرفه الكذائي مخصصا للعمومات.

ثم قال و أما التعليل المستفاد من الروايه (1)المرويه فى النكاح من قوله لم يعص الله و انما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا- يملك أمر نفسه،و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار فى كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع.

و قد أورد عليه المصنف بوجه كلها صحيحه.

منها: أنه لا فرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و

بيعه على وجه النيابة

فإن البيع ان كان تصرفا فى مال الغير و كون نفس الإنشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابة و عدمه و الآ فلا وجه للبطلان.

و منها أن مطلق النهى المتعلق بالمعامله لا يقتضى الفساد

بل انما يقتضى الفساد إذا كان نهيا إرشاديا لا نهيا تكليفيا فإن النهى التكليفى لا يستفاد منه الفساد إذ لا ملازمه بين الحرمة و الفساد، نعم لو كان للإرشاد دل على الفساد فدلاله النهى على حرمة بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمه بينهما.

و منها: أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك فى

بيع الرهن أيضا

فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة فى شىء من ذلك.

و منها: أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الرهن و المرتهن

ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما فى التصرف فى العين المرهونه

و أما أزيد من ذلك فلا دليل عليه.

ص: ٢٤٥

و منها: أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما

نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد،

بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير فان منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الراهن.

و منها: أن ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد

ففيه أن الحكم فيهما تعبد محض و لذا لا- يؤثر الإيذن السابق من الواقف و المولى فى صحه البيع، بل لو اجتمعوا أى الواقف و الموقوف عليه أو المولى و الولد و أم الولد و رضوا على البيع فأیضا لا يجوز كما لا يخفى و على هذا فقياس الرهن عليه فى غير محلّه.

و بالجمله أن المستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعامله إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم تربت الأثر عليه مستقلا من دون مراجعه ذى الحق و يندرج فى ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمه على الحره و غير ذلك فإن النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم تربت الأثر المقصود من العقد عرفا.

قوله: و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

أقول: بناء على كون الإجازة هنا كاشفه كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبائع أعنى الراهن و المشتري فيكون البيع و الرهن متنافيين و لا يعقل تحققهما فى زمان واحد فيكون نظير ما تقدم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين

فى الواقع.

و أجاب عنه المصنف بأن القائل بجواز بيع الرهن انما يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن من الأول بناء على الكشف و الا لجرى ذلك فى العقد الفضولى أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و اما ما يلزم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسأله اجازة المرتهن، نعم يلزم فى مسأله انفكاك الرهن، فإنه حينئذ يكون ملكا للبائع و المشتري معا و سيجىء التنبيه على ذلك إنشاء الله تعالى ثم ان هذا الاشكال انما فى صورته عدم اجتماع الرهن مع البيع و أما بناء على مسلكنا فلا موضوع له أصلا، لجواز اجتماعهما على ما عرفت فتحصل أنه لا محذور فى بيع الرهن بوجه.

قوله: ثم ان الكلام فى كون الإجازة من المرتهن كاشفه و ناقله هو

الكلام فى مسأله الفضولى.

أقول: قد عرفت فى بيع الفضولى أن مقتضى القاعده هو النقل و حصول الملكيه للمشتري من حين الإجازة و انما يصار الى الكشف لدليل اقتضى ذلك فان كون الإجازة شرطا فى صحه البيع بعنوان التعقب مئونه زائده يحتاج الى الدليل و على هذا فالدليل الدال على الكشف فى باب الفضولى انما هو الخبر الوارد فى النكاح كما تقدم و انما تعدينا إلى سائر العقود من جهه القطع بعدم الفرق بين أفراد العقود و أما فى المقام فحيث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الأجنبى كما فى الفضولى و ما بيده الإجازة انما هو غير المالك اعنى المرتهن الذى ليس العقد له فاسراء الدليل الوارد فى النكاح الى هنا يحتاج الى علم الغيب و عليه فمقتضى القاعده هنا هو النقل -

ص: ٢٤٧

و لكن تقدم فى الفضولى أن مقتضى القاعده هو الكشف الحقيقى، لا بالمعنى الذى سلكه القوم، بل بمعنى آخر و هو أن يكون المبيع ملكا للمشتري من الأول و لكن حين الإجازة لا- من زمان العقد كما عرفت بما لا مزيد عليه و عليه فنقول بالكشف هنا أيضا على طبق القاعده.

و أما ما أفاده المصنف(ره) هنا من أن القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن اجازة المالك أشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جَوّز و أعتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسأله عفو الراهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق.

و فيه انه لا وجه للأولويه فإن عدم جريان الفضولى فى الإيقاعات من جهة الإجماع و المتيقن منه ما كان الإيقاع من الأجنبى فلا يعمّ بما إذا كان من المالك مع توقفه على رضائه الغير الذى ليس بمالك كما فى عتق الراهن لكونه مشمولاً للعمومات، بل هو غير مربوط بباب الفضولى أصلاً فضلاً عن اقتضاء الأولويه الكشف.

قوله: ثم انه لا إشكال فى أنه لا ينفع الردّ بعد الإجازة و هو واضح.

أقول: أما الإجازة بعد الردّ فذكر المصنف فيه وجهان: الأول أن الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن ردّ أحد العاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبى له حق فى العين.

الثانى: أن الإيجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء

كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كك ردّ المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم.

و الظاهر أن الإجازة بعد الردّ مؤثره في صحه العقد و لا يعتنى،لما ذكره المصنف و ذلك من جهه أنه قد تقدم أن الدليل على عدم تأثير الإجازة بعد الردّ هو الإجماع،و من الواضح أنه دليل لبيّ يقتصر منه على المورد المتيقن و هو صوره كون العقد من طرف المرتهن و من لرضايته دخاله في صحه العقد هو المالك لا الأجنبي كما في المقام فان المرتهن أجنبي عن لهما العقد فرضايته دخيل و لكن رده لا يفيد فيكون مشمولاً للعمومات بل قد ذكرنا في بيع الفضولي دلالة صحيحه محمد بن قيس على تأثير الإجازة بعد الرد مطلقاً حيث يفهم من ردّ الوليده آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحه البيع كما تقدم و ان استشكلنا فيها أيضاً فراجع.

قوله: ثم إن الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة لسقوط

حق المرتهن بذلك.

أقول: وقع الخلاف في أن فكّ الرهن هل يكون مثل الإجازة و كذا سقوط الرهن بأى نحو كان من إسقاط الدين أو أدائه أولاً بل لا- يلزم العقد به بوجه و أنه ليس كالإجازة و قد صرح بالأول في التذكرة و كذا عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشى،و الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد،بل مطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظر الى 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 صحه إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه و ان لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم

و بالجمله فالإجازة تصرف من المرتهن فى 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 مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما وقد تقدم الأشكال فيه عن جماعه.

ثم أيد ذلك، بقوله و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحه نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

و أورد عليه المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ هذا و لكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهه أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حقّ المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى، و انما هو من جهه المانع فإذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببیه نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمه حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاه بين كونه عبداً و كونه زوجاً و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف.

أقول: قد تقرر فى الأصول أن جميع الاعتبارات و القيودات راجعه إلى موضوعات الاحكام لا- الى نفسها فموضوع صحه بيع الراهن انما هو بيع

الراهن مع اجازته المرتهن فإذا ارتفع موضوع اجازته المرتهن لا يبقى موضوع لصحة العقد الذى كان مقيدا بإجازه المرتهن و أما مجزّد وجود المقتضى و عدم المانع فلا- يفيد فى ثبوت الحكم لعدم ترتّب الأثر عليه ما لم يتحقّق موضوع الحكم حقيقه و الآ لجرى الكلام فى بيع الغرر و نحوه و يقال أن مقتضى الصحة موجود و المانع أى الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره.

و بالجمله أن باب المقتضى و المانع مما لا يترتب عليه شىء بوجه ما لم يتحقّق الموضوع بجميع قيوداته فى الخارج فإذا تحقّق فترتب عليه الأثر.

ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً

فى نفسه انما هو وجهان:

الوجه الأول: أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف

هو التصرف الاستقلالى

و كون كل منهما مستقلا فى التصرف من غير أن يكون لنظر الأخر دخاله فيه، و أما التصرفات الغير الاستقلاليه فلا محذور فيها لكونها خارجه عن إطلاق الحديث فيكون مشمولاً للعمومات و أما إذا باع الراهن الوثيقه فككّ الرهن قبل الإجازة أو سقط الدين بإبراء و نحوه فلا وجه لخروج ذلك عن إطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف، بل هو شامل لما بعد الفكّ و ما قبله لأن فى زمان العقد لم تكن اجازته المرتهن و لا- أن الراهن كان تصرفه نافذا على الاستقلال و فى زمان كان الراهن نافذ التصرف لم يكن هنا بيع فلا وجه للتصحيح.

و من هنا ظهر أنه لا موضوع لاستصحاب عدم اللزوم الحاكم على العموم كما فى كلام المستدل على الفرق بين الفكّ و الإجازة و للجواب عنه بأن الموارد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الآتات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم و أما فى غيره فالعمومات محكمه، و وجه عدم الاحتياج، أنه بعد وجود الروايه لا شرح للأصل و أنه مخصص للعمومات فلا محال

للمسك بها كما عرفت.

الثاني: أنه مع الغض عن الوجه الأول

أن ما دل على جواز نكاح العبد و صحته معللا- بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده دل على جواز بيع مال الرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان الاستفادة منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق آدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك كمعصية الله أصاله فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها الرضا الله و أما فى غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للمسك بما ورد فى نكاح العبد، بل نتمسك بإطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحته التمسك به كما عليه المشهور و الغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالاً كما عرفت، فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذى يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن و يعامل معه معامله الملك الطلق لا البيع الذى لا ينافى فى الرهنه بوجه.

و الحاصل: أنه ربما يفرق بين فك الرهن و بين اجازة المرتهن، و الالتزام بالصحة فى الثانى و بالفساد فى الأول و قد أجاب عنه المصنف و تبعه الأستاذ بأن مقتضى الصحة فى بيع الراهن العين المرهونه موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فإذا ارتفع بالفك فيؤثر المقتضى أثره و فيه أن الاحكام الشرعيه خارجه عن باب المقتضى و المانع بل القيودات و الشروط فيها معتبره فى الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، و واجديته تمام الشروط فإذا لم يتم شىء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحة بيع الرهن انما هى مترتبة على اجتماع كل من الراهن و المرتهن على البيع فان اجتماعهما فى ذلك فيصح و إذا استقل كل منهما فى التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

فلو باع الراهن العين المرهونه و قبل اجازته المرتهن فك الرهن ياسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فك و ما بعده فيكون باطلا.

و بعباره أخرى صحته كانت متوقفه على اجازته المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صورته اجتماع الراهن و المرتهن على البيع و أما غيرها فكان داخلا تحت الإطلاق فلا يشملها عموم أحل الله البيع و أوفوا بالعقود، و غيرهما من العمومات، فإنها وجد قبل الفك لم يكن الشرط فيه موجودا و هو اجازته المرتهن، و أما بعد الفك فلم يوجد البيع ليكون مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فافهم.

و أما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فإنه و ان كان متينا بالنسبه الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه في الأحكام الكلية كما حقق في محله و لكن لا يتم من جهة التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن إطلاق الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن العين المرهونه ثم فك الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوز للتصحيح.

ثم بناء على الصحه فهل مقتضى القاعده هنا أيضا الكشف كالفضولي أو النقل الظاهر هو النقل لما عرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد في باب النكاح من أنه تحلف المرأه أنها كانت راضيه بالنكاح لو بقى زوجها و تعدينا من ذلك الى كل عقد من جهة القطع بعدم الفرق بينها، و أما

المقام فلا وجه للتعدى إليه حتى لو جوزنا التعدى إلى صورته اجازته المرتهن إذ ليس هنا اجازته حتى تكشف عن حصول الملكيه من الأول و نتعد من خبر النكاح اليه، بل ليس هنا الآ الفكّ فلا موجب للكشف في مقام الإثبات و انما مقتضى القاعده هو النقل.

و اما بناء على ما ذكرنا من كون الكشف على القاعده فكك أيضا فإننا قلنا به من جهة تعلق الإجازة على العقد من الأول من حين الإجازة و ليس هنا اجازة لتعلق بالعقد و يكشف عن الملكيه من الأول.

ثم لو قلنا بالكشف أيضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبه الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبه الى كل فلكل من البائع و المشتري أمر بالوفاء بالعقد مستقلا و على هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشتري الأصيل فلا يجوز له فسخه و لا إبطاله بالاذن للمرتهن في البيع.

و فيه أن معنى الوفاء هو الإتمام و الإنهاء و الوفاء بالعقد هو انهاءه و لا يتم ذلك الآ بعد تحقق العقد و الالتزام و هو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم بإتمام العقد و إنهائه إذا كان العقد حادثا و إمضائه حدثا ثم يحكم ببقائه بقاء و ليس كك إذ الشارع لم يمضى العقد بعد فكيف يحكم بانهائه فإنه لا يتم بالترام البائع فقط و فى المقام لا يتم بالترام الراهن فقط بدون رضائه المرتهن و هذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض و كك مثل الوقف قبل القبض.

ثم بناء على اللزوم و عدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فكك الرهن

ليبقى البيع و ينهاه الى الآخر أو لا يجب و قد تردد المصنف فى المسأله و قال يمكن أن يقال بوجود فكّه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلا بذلك فمن باب المقدمه يجب الفكّ ليحصل الوفاء به، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك.

و الظاهر هو الثانى فإن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى أنه لا- ينقضى بالفسخ و لو أراد ان يفسخ فلا- يفسخ، و أما أنه من المحرّمات بحيث يكون الوجوب تكليفياً فلا- إذ لا- يمكن أن يكون أمر واحد إرشادياً و تكليفياً معا بحيث يكون أمر واحد متكفلاً لجهتين كما هو واضح. لا يخفى و عليه فلا يجب للراهن فكّ الرهن و ان قلنا باللزوم مقدمه الأداء و الوفاء.

ثم انه لو قلنا بكون الأمر بالوفاء تكليفياً أيضاً فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان، كما فى المتن الظاهر هو تقديم حق المرتهن كما هو واضح. و أما مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن كما هو واضح.

الكلام فى بيع الغررى

قوله:مسأله الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم،

اشاره

ص: ٢٥٥

فان الظاهر الإجماع على اشتراطها فى الجملة.

أقول: و من جملة شروط العوضين القدره على التسليم تنقيح مورد البحث هو أن المراد من القدره على التسليم هو القدره الفعلية بمعنى التمكن على التسليم عند البيع فلو قدر المشتري على التسلم و لم يقدر البائع على التسليم فيكون البيع صحيحا و لكن كان للمشتري الخيار إذ ليس عليه التسلم، بل يجب للبائع التسليم و كذا يثبت الخيار للمشتري إذا كان البائع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز، بل يجوز للمشتري طلب الأجره على الاستفاده فكل ذلك ليس موردا للكلام، و انما مورد البحث ما كان التعذر من المنتقل عنه و المنتقل اليه معا و مثلوا لذلك بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامه و الخاصه فى اعتبار هذا الشرط إلا أن العامه خالفوا فى بيع الآبق فقالوا بعدم الصحه و لم ينقل الخلاف من الشيعة فى اعتبار هذا الشرط، إلا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى.

ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه:

الأول: قوله (عليه السلام) نهى

النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر المشهور بين العامه و الخاصه

فيقع الكلام تاره فى سند الحديث و أخرى فى دلالتة، أما الأول فلا شبهه فى ضعفه لكونه نبويا إلا انه اشتهر الاستدلال به فى المسأله و عليه فان كانت الشهره مستنده الى الحديث و قلنا بكونها جابره لضعف السند فيها و إلا فلا يمكن الاستدلال به و إثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا.

و أما دلالتة على المقصود فعزّ تاره يؤخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعه و الغفله يقال عزّه أى خدعه كما فى الصحاح و القاموس و غيرهما و يظهر ذلك من الروايه المرويه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه عمل ما لا يؤمن

ص: ٢٥٦

معه من الضرر كما فى لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهايه بعد تفسير الغره بالكسر بالغفله أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغز المشتري و باطن مجهول و بالجمله أن الظاهر من جمله من أهل اللغه ان الغرر بمعنى الخديعه.

و تاره أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما فى المصباح و الأساس و المغرب و الجمل و فى لسان العرب نسبه الى بعض و ان كان بمعنى الخديعه فيكون النهى تكليفيًا محضا و نهيا عن خصوص التغيرير فلا يكون ناظرا إلى الجهه الوضعى الا أن المشهور استدلوا به على البطلان و ان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا إلى الجهه الوضعى فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الإجمالى بأحدهما لا يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهه البدويه و ليس بينهما جامع كلى يوجب العلم التنجز.

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا يفرق فيه بين ما كان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل إليه أم بصفاته كما أو بصفاته كيف كما ذكره المصنف، و اما إذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضروره حصوله فى بيع الغائب خصوصا إذا كان فى بحر و نحوه، بل هو أوضح فى بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و فيه أولان انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضروره قيام الاطمئنان مقام العلم و كونه علما، و ان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلا يكون فيه

و ثانيا: ما ذكره المصنف 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 بالمثاليين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهاله صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بها في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات، هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامه و الخاصه بالنبوى المذكور على اعتبار قدره على التسليم.

و بالجملة لا وجه لهذه الدعوى من العرف و اللغه و الشرع و فى مقابل هذا القول ما عن الشهيد فى القواعد حيث قال الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه و شرعا هو جهل الحصول و مجهول الصفه فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه فإنه مضافا الى إطلاق الروايه أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه حتى يتعد بها كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب أن كون الروايه ناظرا الى الحكم الوضعى محل تأمل، بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطر كالجهد بالمبيع أم لا، الظاهر هو الأول لا من جهه الفحوى بل من جهه خطريه المعامله كما لا يخفى.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و

التسليم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و لا يترتبون عليه أثرا

و لذا مثل الأساطين لفقدها هذا الشرط ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم رجوعهما إلى الحاله التى يمكن إقباضهما و قبضهما.

و فيه أنه على فرض اعتبار المالىه فى صحه البيع فهذا الوجه انما يتم فى الجملة أى فيما لا يكون المبيع فى نظر العرف مالا كبيع الطير فى الهواء

و السمكه فى الماء فان العرف لا يراهما مالا، بل ربما يعدونهما من التلف العرفى و أما فيما لم يكن المبيع الذى لا يقدر على تسليمه من التالف كما إذا غضب الغاصب المبيع و لم يكن البائع قادرا على الإنقاذ فإنه لا يعد ذلك فى العرف تالفا و غير مال، بل يعدّ مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار المالىة فى المبيع كما تقدم فى أول البيع.

و الكلام فى القدره على التسليم و تحقيق المقام أن المراد من القدره على التسليم هى القدره الفعلية سواء كان القادر على ذلك هو البائع أو المشتري غاية الأمر إذا لم يكن القدره الآ من المشتري فيكون له الخيار بل جازت له مطالبه الأجره و مع عدم القدره الفعلية كان داخلا فى محل البحث انه صحيح أو فاسد، نعم لو كان البائع أو المشتري قادرا على التسليم أو التسلم ثم صار عاجزا فهو خارج عن محل الكلام، بل يثبت للمشتري خيار تعذر تسليم المبيع.

ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه:-

الأول: قوله (عليه السلام) نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر

فتاره يراد منه معنى الخديعه فيكون النهى متمحضا للنهى التكليفى فلا يكون موجبا للفساد و قد ذكر ذلك جملة من أهل اللغة.

و أخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهى ناظرا الى الحكم الوضعى، و قد ذكر ذلك أيضا جملة من أهل اللغة فحيث لا قرينه على أراد المعنى الثانى فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدره على التسليم فى المعامله و ان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال إرادته الخديعه يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدل المشهور من الخاصه و العامه به على الفساد و دعوى

ص: ٢٥٩

العلم الإجمالى يكون أحد المعنيين مرادا من النبوى لا- يوجب الفساد من جهه تنجيز العلم إذ لا- وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخديعه محرمة جزما من الخارج مع قطع النظر عن إرادته الخديعه من النبوى نظير الغش و التدليس كما تقدم فى المكاسب المحرمة.

ثم انه بناء على اراده الخطر من الغرر كما استدل المشهور من الفريقين فلا- يفرق فيه بينما كان الجهل متعلقا بالحصول أم بالصفات من حيث الكيفيه أم من حيث الكميه فإن الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا.

و أما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام و انما هو من صغريات بيع ما لا يملك و دعوى اختصاص الغرر بصوره الجهل بالصفات لا- وجه لها فان الجهل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصفات، بل من هذا ما ذكره المشهور من الأمثله من بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء فكأن صوره الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيا للغرر و ذلك لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فى ذلك.

ثم ذكر المصنف و كيف كان فلا إشكال فى صحه التمسك لاعتبار القدره على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس فى بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه فى مقام يحتمل السلامه و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى من الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهه و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل.

و فيه أنه تقدم مرّه أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و انما

الدليل على بطلان بيع السفیه و أنه تقدم مرارا أيضا أن آیه حرمه أكل المال بالباطل ناظره إلى الأسباب و أجنبيّه عن شرائط العوضين.

و أما أصل المطلب أن النبوی و ان لم يكن شاملا- للمقام إلا أن الخطر بمعنى الهلاكه فإذا كان احتمال الهلكه موجه للفساد و فى صورته العلم بالهلاکه أولى بالفساد.

و من جمله ما يستدل به على اعتبار هذا الشرط النبوی المستفيض لا تبع ما ليس عندك و ذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهى كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ لفظه اللام و لا عن مجرد السلطنه عليه و القدره على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه و العامه على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالکها خصوصا إذا كان و كيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فإن السلطنه و القدره على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد السلطنه التامه الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائبا و بالجمله فمراده أنه لا بد من اراده المعنى الجامع الأعم من الملك و الحضور.

أقول: أما قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فإنه بأى معنى يفسر النبوی فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا و كونه غائبا أيضا.

و أما اراده الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحه بيع الغائب و أما اراده الجامع الشامل لعدم الملك و عدم القدره على التسليم فأیضا فاسد لعدم القرينه عليه بل الظاهر من النبوی إرادته الملك و دعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم اراده الملك، فان من

المتعارف حتى الآن بل في سائر الأسنه استعمال كلمه عند في الملكيه و يقال أنه ليس عندي أى لا أملكه فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على اعتبار هذا الشرط.

و أما ما ذكره من قوله مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء بل هو مورد الروايه فإنه(ره)ذكر في البيع الفضولى أن العلامه(ره)روى أن الحكيم ابن حزام الدلال سأل عن بيع العين الشخصيه مع عدم كونها عنده فقال (عليه السلام)لا تبع ما ليس عندك.

و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من قوله،و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشاره الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنه من بيع الشىء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه الى المشتري فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس في الاخبار المتضمنه لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

و وجه البطلان ما عرفت من روايه العلامه فإن السائل عنها إنما سئل عن خصوص البيع الشخصى الذى ليس عنده ثم يشتريه من الغير فيعطيه إياه.

و بالجملة أن الظاهر من قولهم(عليه السلام)لا تبع ما ليس عندك هو نفى الملكيه لا نفى الحضور و لا نفى القدره على التسليم و الاستدلال عليه و لا الجامع بين المجموع ثم ذكر المصنف نعم يمكن ان يقال أن غايه ما يدل عليه هذا النبوى،بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه تامه لثرتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقق كونه عنده، و لو أبيت إلا- عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغويه العقد رأسا، المنافيه 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 فإنّ البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و بالجمله فمراده أنه لو التزمنا بدلاله النبويين على فساد البيع من الأول لزم من ذلك التخصيص الأكثر لخروج جملة من الموارد عن تحتها و كونها صحيحه بالإجازة فهما يدلان على الفساد إذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا إلى الأبد لا مطلقا.

و فيه أولا- أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الأول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر و يكون صحيحا بعده و لا يقاس ذلك ببيع الفضولى و بيع الراهن كما تقدم.

و ثانيا أنه لا- يلزم التخصيص الأ-كثر بخروج ثلاثة موارد من تحت الروايه و انما يلزم ذلك إذا كان الخارج بالنسبه إلى الباقي كثيرا، مثلا- لو قال المولى أكرم العلماء، ثم قال لا- تكرم زيدا، و لا- تكرم عمروا، و لا- تكرم بكرا، فلا- يلزم من ذلك تخصيص الأكثر، و انما يلزم ذلك إذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين.

و ثالثا: أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيصها لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها أجنبى عن النبوى و ذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر و المهلكه و من الواضح أنه لا- خطر فى شىء من المذكورات فإن المشتري اما يرضى بذلك أو لا يرضى لعلمه بالحال و مع ذلك أى خطر فى ذلك و مع عدم العلم بالحال يثبت له الخيار كما لا يخفى

و أما ما ذكره من لزوم خروج بيع ما يملكه بعد البيع فهو خارج عما نحن فيه بالكليّة و انما هو بيع باطل لكونه بيعا لما لا يملك فيشملة قوله (عليه السلام) لا- تبع ما ليس عندك على أن بيع الرهن ليس إلا- كسائر البيوع الفضولية غايه الأمر هذا فضولى من المالك الراهن فلا وجه لإخراج خصوص بيع الراهن فقط دون بقيه البيوع الفضولية.

و أما النبوى الثانى ففيه أولا أن ظهوره هو أن كون المبيع عند البائع من الأول و أنه شرط لصحة البيع من الأول فلا يرتفع الفساد بطروّ العنديه، بل هو باق على فساد إلى الأبد.

و ثانيا: أنه لا يلزم من خروج ثلاثه موارد منه تخصيص للأكثر أصلا.

و ثالثا: ليس أكثرها تخصيصا للنبوى فضلا عن أن يكون أكثر و ذلك أما بيع العبد الجانى عمدا فلأن ما يتوهم من المانع عن صحه البيع هو تعلق حق الغير به بأن يسترقه أو يقتله و لكنه ليس بمانع و ذلك لما تقدم فى المسأله السابقه من أنه لا يشترط فى استيفاء حق الجنايه بقاء الجانى فى ملك من كان مالكا له حين الجنايه فلا مانع من بيعه و مجرد تعلق حق المجنى عليه أو ورثته به لا- يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا عن من استيفاء الحق غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال، فان كونه جانيا عيب فى العبد و بالجملة بعد ما اعترف المصنف (ره) فى المسأله السابقه بصحة بيع العبد الجانى غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال و الآ فلا يشمله قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرى حتى يكون خروجه تخصيصا.

و أما بيع المحجور لسفه أو رفق أو فلس فإن رضى من له البيع على ذلك كالأولى و الغرماء صح البيع فليس فيه غرر و ان لم يرض به فيكون باطلا

من الأول لا من جهة الغرر بل من جهة عدم نفوذ بيعهم بدون اجازة الولي و الغرماء.

و أما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدره على التسليم لا يشمل التعذر الشرعى و انما يختص بالتعذر الخارجى فلا إشكال فى صحه بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا و هذا هو الظاهر فان العجز الشرعى و ان كان العجز الخارجى إلا أن محط نظر الأساطين فى هذا الشرط هو عدم القدره خارجا و لذا يمثلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، و ان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحة فيه كما هو المشهور تخصيصا و على هذا فيكون الخارج عنه مصداق واحد على فرض واحد.

و بالجمله فظهور النبوى فى فساد البيع من الأول و مع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للأكثر على أنه لا تخصيص إلا فى فرد واحد و مما استدل به على اعتبار هذا الشرط فى البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المبتاعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذر التسليم و أجاب عنه المصنف بأنه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد.

و فى كلام المصنف مسامحه واضحه فإن قوله وجوبا مطلقا لا يستقيم إذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكاليف كلها مشروطه بالقدره و التمكّن و الاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم

وجوباً فعلياً منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطاً.

ثم قال المصنف و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط و في الاعتراض و المعارضه نظر واضح.

أقول: لا ربط لهذا الكلام أصلاً إذ عرفت أنه لا معنى لأصالة عدم تقييد الوجوب بعد ما استحال إطلاقه ضروره تقييد كل وجوب بحال التمكّن و مع قبول إطلاقه فالأصل يقتضى هنا التقييد فإنه مع الشك في الوجوب بدون حصول القيد يتمسك بالبراءه و أيضاً مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضه ذلك بأصالة عدم تقييد البيع لما عرفت في محله أن مقتضى الأصل في العقود هو الفساد و كلما يشك في اعتبار قيد فلا بدّ من اعتباره فتكون النتيجة هو التقييد.

و من الوجوه التي استدلت بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض

من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز الانتفاع في العبد مثلاً- بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعد التسليم و في وقت حصوله.

و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً و أكله

أكلاً للمال بالباطل

و أجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفهاً.

على أننا ذكرنا كراراً أنه لا- دليل على بطلان البيع السفهى و إنما الدليل على بطلان بيع السفهيه ففي البيع السفهى نتمسك بالعمومات و نحكم بصحته.

و تحصل أن ما ذكره المصنف من الوجوه على اعتبار قدره على التسليم لم يتم شىء منها فلا وجه للحكم بالفساد بل نحكم بالصحة غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن الوجه في اعتبار قدره على التسليم أن

إشاره

ما تعذر تسليمه ليس بمال

فيكون البيع باطلا لذلك لان العقلاء لا يرتبون عليه أثرا و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما إلى الحاله التى يمكن إقباضهما ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال لو كان فى هذا النحو من المال قصور فى جهه المالىه لزم جريان قاعده التلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الأموال، ثم قبل التسليم صار كذلك ثم أجاب بأنه و ان كان هذا المال فى عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الأموال إلا أنه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا و قاعده كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص بما إذا تلف حقيقه و لا تشمل بما إذا نقصت ماليتة و لذا لو باع الجمد فى الصيف أو الماء فى المفازة و لم يسلمه إلا فى مكان نقصت قيمته و ضعفت اعتباره العقلانيه لا يلتزمون بانفساخ المعامله لقاعده التلف قبل القبض.

و تحقيق المقام أن يقال أن المال الذى يتعذر تسليمه على أقسام:

الأول: أن يكون مع تعذره مما يمكن للمشتري الانتفاع به،

كالعبد الآبق و الجاربه الآبقه فإنه و ان كان تعذر تسليمهما لأجل الإباق و لكن يمكن الانتفاع بهما بالعتق، و على هذا فلا يوجب التعذر تسليم خروج المال المتعذر عن المالىه و ان كان تنقص قيمته لأجل التعذر تسليم فما ذكره من كون التعذر موجبا لزوال المالىه لا يتم هنا لإمكان انتفاع المشتري بذلك و على هذا فيصح البيع هنا بمقتضى القاعده حتى بناء على اعتبار المالىه فى البيع.

ص: ٢٤٧

الثاني: أن لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المتبايعين و لا غيرهما بحيث

يوجب التعذر لحوقه بالتالف و بالمعدوم

فهذا مما لا شبهه في عدم جواز بيعه حتى بناء على عدم اعتبار المالىه فى المعاوضه فإنه انما لا يعتبر على هذا المسلك كون المبيع مالا لا غير موجود فإنه لم يختلف أحد فى اشتراط الوجود فيه فتكون البيع فاسدا حينئذ و هذا نظير ما إذا صاد طيرا وحشياً أو غزالا وحشياً أو غيرهما من الحيوانات البريه الغير الأهليه ثم أبق فإنه لا يرجع عاده فيكون فى حكم التلف عرفا و لذا لا يصح أن يقال أن لفلان حيوانا فى هذا المفازه و هكذا المال الذى وقع فى البحر كالخاتم و الدرهم و الدينار و نحو ذلك فان العرف يرى ذلك تالفا و لا يرون فى تلك الأموال اضافه الى مالكة بوجه لا إضافه المالىه و لا إضافه الملكيه و لا إضافه الحقيه و هذا القسم لا شبهه فى عدها من التالف و على هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع فى البحر قبل القبض أو صاد غزالا أو طيرا ثم أبق قبل القبض لا شبهه فى عدّ ذلك من التالف فتشمل عليه القاعده المعروفه كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه فان ذلك و ان لم يكن معدودا من التلف الحقيقى و لكنه يعدّ من التلف العرفى.

و بالجمله ما كان يتعدّر التسليم و مع ذلك لا يمكن لأحد أن ينتفع به فيكون عرفا من التالف فلا يبقى فيه اضافه الى المالك أى اضافه كانت فلا يصح البيع مع هذا التعذر بل يبطل البيع مع طرؤ مثل ذلك التعذر.

الثالث: أن يكون التعذر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين

فقط دون الأشخاص الأخر

كما إذا غصب الغاصب دار زيد فجلس فيها و لكن لا يتمكن زيد عن انقاذها و لا من يريد بيعها منه و لا يمكن لهما أن ينتفعا بها بوجه إلا أن ذلك لا يوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدار و

كونها ساقطه عن المالىه بالكليه بحيث لم يرغب إليها أحد و لا ينتفع بها شخص و إلا لما غضبها الغاصب، بل لم تنقص قيمه هذه الدار أيضا فكيف بكونها ساقطه عن المالىه.

و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من كون التعذر موجبا عن الخروج عن المالىه انما يتم فى الفرض الثانى فقط لا فى غيره من الفروض فلا- كليه له و فى هذا الفرض الثانى يبطل البيع حتى مع عدم اعتبار المالىه أيضا لعدم وجود المبيع لا من جهه عدم المالىه لما عرفت من كونه لاحقا بالتالف فلا تصل النوبه بما ذكره الأستاذ و فى هذا الفرض الثانى ما ذكره المستشكل من لزوم كونه موجبا لبطلان البيع لو طرئه ذلك العارض قبل القبض و الإقباض هذا ما تقتضيه القاعده.

و أما بحسب الروايات

فقد ورد صحيحا فى المسأله الآتية فى العبد الآبق و الجاربه الآبقه أنهما يباعان مع الضميمه معللا بأنه لو لم يرجع العبد و الأمه يقع الثمن فى مقابل الضميمه فإن المستفاد من عموم التعليل هو جواز البيع مع الضميمه مطلقا سواء كان الآبق هو العبد أو الإبل أو غيرهما و يصح البيع فى مطلق الشارد كما لا يخفى و لكن المشهور لم يعملوا بالروايات فى غير العبد الآبق و الجاربه الآبقه و لم يعملوا بعموم التعليل كما هو واضح فتدل الروايه على عدم جواز بيع غير العبد الآبق من الموارد التى يتعذر فيه التسليم بطريق أولى فإنه إذا لم يصح بيع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعتق و فيما لا ينتفع به لا يصح بالأولويه.

هل القدره شرط أو العجز مانع

قوله: ثم ان معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطاً.

أقول: قد وقع الخلاف فى أن القدره على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط و قد أكد الشرطيه فى عبارته

ص: ٢٦٩

الغنيه حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله فقد استظهر صاحب الجواهر من عباره الغنيه أن العجز مانع لا أن القدره شرط للبيع و تظهر الثمره فى مورد الشك حيث أنه لو اعتبرت القدره شرطا لا يجرى الأصل و لو اعتبر العجز مانعا فتمسك بالأصل ثم ذكر مسأله اختلاف الأصحاب فى الضال و الضاله و جعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز.

و قد أشكل عليه المصنف أولا بأن صريح تسالم الفقهاء و معاهد إجماعهم خصوصا عباره الغنيه المتأكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطيه القدره فلا وجه لجعل مانعا عن البيع.

و فيه أنه لا حجه فى تسالم الأصحاب و إجماعاتهم خصوصا بعد عدم كون هذه التديقات مغروسا فى أذهان السابقين من أن العجز مانع أو القدره شرط و كذلك صاحب الغنيه فإن بنائهم التعبير عن اعتبار القدره على التسليم فى البيع بعباره و من البعيد التفاتهم على كون القدره شرطا أو اعتبار العجز مانعا.

و بالجمله بعد ما لم يكن هذا الاختلاف موجودا فيهم فلا- وجه لدعوى الإجماع على احد فى الاختلاف على أن الظاهر من قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى عن بيع الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فإن النهى إرشاد إلى المانع أى أن البيع الغررى ممنوع و خارج عن تحت العمومات الداله على الصحه و اللزوم.

و ذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدمى لأنه عدم القدره عمّن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لأجله و يلزم منه انتفائه

فلا وجه لجعل العجز الذى هو الأمر العدمى من قبيل المانع الذى يلزم من وجوده العدم فإنه لا معنى لجعل عدم القدره مانعا الآ لجعل عدم القدره الذى هو وجود القدره شرطا كما لا يخفى.

و فيه أن الأمر العدمى لا يكون مانعا إذا كان يقابل الوجود تقابل السلب و الإيجاب لكونه عدما محضا و غير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا.

و أما العدم الخاص الذى يقابل الوجود تقابل العدم و الملكة فله حظ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجز مانعا عن صلاحه الجماعه و أن يعتبر عدم الجهل الذى يقابل العلم تقابل العدم و الملكة فى صحه الجماعه بأن يكون مانعا عن انعقادها و هكذا و هكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمى مانعا فهو خلط بين العدم الخاص و العدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الأول كما صرح به.

على أن المانع هنا غير ما جرى عليه الاصطلاح فى علم المعقول من المانع ما كان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجوديه مانعا عن الشيء و مؤثره فى عدم تحققه و هذا بخلاف الأحكام الشرعيه فإن المانع فيها ما يعتبر الشيء مانعا عن الحكم الشرعى سواء كان أمرا وجوديا أم أمرا عدميا من غير أن يكون مؤثرا فى عدم تحقق شيء أصلا.

و بالجملة ليس المانع هنا هو المانع المصطلح عليه فى علم المعقول و لا الشرط و المقتضى و سائر ما اصطالحوا عليه من اجزاء العلّه جاريا على مصطلحهم لأن باب المعقول ليس باب التأثير و التأثير الحقيقى، بل التأثير فى مجرّد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فأطلق عليه ألفاظه فمعنى كون العجز مانعا خروج صورته العجز عن حكم أوفوا كما أن معنى كون القدره شرطا خروج ما عدا صورته القدره عن حكمه كما ذكره المحقق الايروانى.

ثم ذكر المصنف ثالثا لو سلّم صحه إطلاق المانع على العجز لا ثمره في أن القدره شرط لصحه البيع أو أن العجز مانع عنه و ذلك من جهه أنه أن كانت الحاله السابقه هي القدره و شككنا في تحقق القدره أو العجز فعلا فنستصحبها و أن كانت الحاله السابقه هو العجز فأیضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدره شرطا أو العجز مانعا و إذا شككنا في أن المراد من العجز ما یعم التعذر أم خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمر أو العجز في الجملة فاللازم هو التمسك بعمومات الصحه من غير فرق بين تسميه القدره شرطا أو العجز مانعا، ثم ذكر ان التردد بين شرطیه الشيء و مانعیه انما یصح و یثمر في الضدين مثل الفسق و العداله لا فما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل.

ثم ذكر أن الاختلاف الأصحاب في مقابل مسأله الضال و الضاله فليس للشك المالك في القدره و العجز و مبتيا على كون القدره شرطا أو العجز مانعا كما یظهر من أدلتهم على الصحه و الفساد، بل بما سیجىء عند التعرض بحكمها و ذكر حکم ذلك في مسأله الآبق.

و فيه أنه لا ثمره للنزاع المذكور إذا كان لكل من العجز فقط أو القدره فقط حاله سابقه و أما إذا كان لكل منهما حاله سابقه معا و كان الشك في التقدم و التأخر أو لم یکن لهما حاله سابقه أصلا و أن كان هذا فرضا غير معقول أو كان و لكن نسبی فإنه حينئذ ان جعلنا القدره شرطا فيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصالة عدم تحقق الشرط و محكوما بالصحه لأصالة عدم المانع فلا وجه له لأن لا یفرق بين الصورتين و بالجملة أن شيئا من المذكورات لا یرد على صاحب الجواهر.

نعم یرد على صاحب الجواهر أن أصالة عدم المانع لا دليل عليها و

ليس حجه أصلاً إلا إذا قلنا بقاعده المقتضى و المانع.

فنقول ان مقتضى الصحه فى العقد موجود من الملكيه و العمومات و المانع مفقود فيؤثر المقتضى أثره فلا يكون النهى عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم إحراز المانع و لكنه ذكرنا فى الأصول أنه لا دليل على حجه قاعده المقتضى و المانع أصلاً.

و بالجمله فكما أن الشرط لا بدّ و ان يحرز فى صحه العقد و كذلك لا بدّ من إحراز عدم المانع لاعتباره فى صحّه العقد كالشرط فأصالة عدم المانع ليس من الأصول المسلمه حتى يحرز بها ذلك إلا إذا كان لكل منهما حاله سابقه فان مقتضى الاستصحاب حينئذ هو الحكم بالقدره أو العجز أو بعدم القدره و عدم العجز فعلا- بوجودهما الا-حرازى و أن الشارع حكم بمقتضى الاستصحاب على ذلك فان هذا الأصل لا محذور فى جريانه فإنه يكفى فى جريان الأصل كونه ذى أثر شرعى سواء كان نفس المستصحب حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم أم لم يكن كما اختاره شيخنا الأنصارى فى الأصول و قوّاه شيخنا الأستاذ و جعلناه موافقا للتحقيق.

نعم هذا مورده فى الوجه الثانى على النحو الذى ذكرناه بناء على مسلك صاحب الكفايه من اشتراط كون المستصحب فى الاستصحاب أما حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم فلا مطرح للاستصحاب هنا لعدم كونه القدره أو العجز حكما شرعيا و لا موضوعا للحكم الشرعى، بل اما أن القدره شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحه العقد.

على أنه لا تصل النوبه الى أن القدره شرط أو أن العجز مانع كما هو واضح، بل بحكم بطلان العقد للغرر المنهى عنه بيان ذلك أنه بناء على صحه الاستدلال بالنبوى نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر فإنما هو نهى عن

البيع الغررى و البيع الذى فيه خطر و هلاكه و من الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البائع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أى بيعا فيه احتمال الخطر و الهلاكه كه فإنك عرفت اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر فبمجرد احتمال ذلك يكون البيع باطلا لشمول النهى له و خروجه عن تحت العمومات إذ ليس شرط البيع هى القدره الواقعيه أو المانع عنه هو العجز الواقعي، بل الشرط أو المانع هو إحراز القدره أو إحراز العجز كما لا يخفى.

و بالجمله لا بد فى صحه العقد من إحراز أنه ليس فيه خطر و هلاكه و من الواضح أن احتمال أن البائع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهى عن الغرر فيكون فاسدا.

نعم، إذا كانت الحاله السابقه هى القدره على التسليم و شككنا فى القدره و العجز فعلا فنستصحب القدره على التسليم ان كانت القدره شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف فكأن الشارع يقول الغى احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف فى الأصول و تبعه الأستاذ و اخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذى أثر شرعى فلا يلزم كونه أى المستصحب ذى حكم أو حكما شرعيا كما ذهب اليه صاحب الكفايه فإنّ القدره ليست موضوعا للحكم و لا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو إحراز القدره لا لقدره الواقعيه و لذا يصحّ البيع مع إحراز القدره و ان لم يكن فى الواقع قادرا على التسليم.

و بالجمله فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لا طلاق نهى النبى عن بيع الغررى بناء على تماميته و الآ فلا- و مع ذلك لا- تصل النوبه الى أن مقتضى القاعده فى صوره الشك فى كون القدره شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحاله السابقه لكل منهما أى شىء كما هو واضح

ثم انه إذا شككنا فى أن القدره على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه و شككنا أيضا فى أنا قادرين على ذلك أو غير قادرين فتاره بكون الشك فى الشبهه الحكميه و المفهوميه و اخرى يكون الشك فى الشبهه المصداقيه.

أما الأول: فكما إذا شككنا أن القدره المعتره فى تسليم العوضين هى القدره العقليه أو الشرعيه أو العرفيه أو الأعم و انه لا بد من العلم بالقدره على التسليم أو يكفى مجرد احتمال القدره عليه من جميعها، ففى الحقيقه يرجع الشك إلى سعه مفهوم القدره المعتره هنا و ضيقه فيكون من صغريات الأقل، و الأكثر، فنأخذ القدر المتيقن و نجري البراءه من الزائد عنه كما قرّر فى محله.

و أما إذا كانت الشبهه مصداقيه بأن كان الشك فى كون كل من المبتاعين قادرا على التسليم أو غير قادر عليه، فح تختلف الحال بالنسبه الى ذلك باختلاف دليل اعتبار القدره على التسليم بيان ذلك إذا كان دليل الشرط المذكور النبوى المعروف نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر، فح لا توجه شبهه مصداقيه فى المقام أصلا، فإن مبنى الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنى الخطر و من الواضح جدا أن الخطر يتحقق بمجرد الاحتمال و أن البائع أو المشتري لا يقدر على التسليم إذ الخطر هو الهلاك بمعنى خوف عدم وصول كل من العوضين إلى الأخر لا الهلاك بمعنى الانعدام و هذا لا معنى للشبهه المصداقيه أصلا، فإن كل من المتعاملين يرى نفسه بأنه بأى كيفيه و حاله فإنه ان كان جازما على كونه قادرا على التسليم فالشرط متحقق و ان كان مترددا فى ذلك و محتملا أنه يقدر فلا تحقق للشرط فان الشرط ليس هو التمكّن الواقعي، بل إحراز القدره.

و بعبارة أخرى قد عرفت أن ما هو شرط للبيع ليس إلا إحراز القدره و لو كان العجز مانعا فإنما هو إحراز العجز و احتمالاه و أن موضوع الحكم إثباتا و نفيها هو الوصف النفساني دون الأمر الواقعي التكويني و عليه فلا يعقل مورد يشك فيه أن الشرط أو المانع موجود أم لا بل لا بد و أن لا يلاحظ كل من المتبايعين ما في صقع نفسيهما من الأوصاف النفسانية فإن كان كل منهما جازما على القدره على التسليم فالشرط و عدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع و ان كانا متردّين في ذلك و محتملين عدم القدره على التسليم، فالشرط منتف أو المانع مفقود.

و على هذا فلا يفيد جريان الاستصحاب إذا كان الحاله السابقه هي القدره بحيث يحرز به وجود القدره و كان يلغى به احتمال عدم القدره على التسليم كما يلغى به احتمال الخلاف في سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغي احتمال الخلاف و ذلك من جهة أن المستصحب عباره عن القدره السابقه و الخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عدم القدره على التسليم، و خوف عدم وصول العوضين الى المتبايعين و من الواضح جدا أن استصحاب القدره لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين و لا يلغى احتمال عدم القدره على التسليم الذي موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالأصل المثبت و بالملازمه العقلية فهو كما ترى.

نعم لو قامت البيئه على ذلك و أن كل منهما قادرين على التسليم فيرتفع بها احتمال عدم القدره على التسليم تعبدا لكونها من الامارات فهي كما تتكفل على إثبات المعنى المطابقى فكك تتكفل أيضا على إثبات اللوازم كما حَقَّق في محلّه.

و دعوى أن الوصف النفساني أعنى احتمال عدم القدره على التسليم

الذى به قوام الغرر موجود فى المتبايعين تكويننا و الاماره لا- يرفعه فلا- يفرق فيما ذكر بين الاماره و الاستصحاب فإنها دعوى جزافيه فإن الاماره و ان لم ترفعها تكويننا و لكن ترفعها تشريعا و تعيدا فهل يتوهم أحد أنه مع قيام الاماره أن موضوع البراءه هو الشك فتجرى فى مقابلها فان ما نحن فيه أيضا نظير ذلك، فان كلها ناظره إلى الأحكام الظاهريه دون الواقعيه.

و بالجمله مع كون دليل الشرط هو النبوى فلا نعقل موردا للشبهه المصداقيه بوجه من الوجوه كما لا يخفى.

و أما إذا كان المدرك قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، فان الكلام ح فى الشبهات المفهوميه هو الكلام الذى تقدم من ان المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأ-كثر فنأخذ المقدار المتيقن فنجرى البراءه فى الزائد و أما الشبهه المصداقيه فتحقق على هذا فان معنى كون المال عنده أو ليس عنده و ان كان واضحا على مسلكنا كما تقدم من كون ظهور عبارته عن الملكيه دون الأعم منه و من القدره على التسليم و لكن مع التنزيل عن ذلك و أخذ العند بمعنى السلطنه على التسليم، و عليه فيمكن أن يشك الإنسان فى ملكه أنه عنده أو ليس عنده، كما إذا تولد فرسه أو غنمه أو غيرهما من الحيوانات المملوكه له فى غير بلده، و شك فى أنه هل هو قادر على تسليمه أولا، لاحتمال كون طريقه أى طريق ذلك البلد مسدودا و هكذا و هكذا، ففى هذه الموارد أما التمسك بالعمومات الداله على صحه المعامله فلا يجوز لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

بل، نقول انه تاره يكون لهذا الفرد المشكوك حاله سابقه معلومه بأن كان قبل زمان قادرا على التسليم أو عاجزا عنه فبناء على كون القدره شرطا فيستصحب القدره على التسليم، فبناء على كون العجز مانعا فيستصحب

عدم العجز، و مع كون حاله السابقه هو العجز فاما يستصحب عدم القدره ان كانت هى شرطا أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعا فلا يرد على هذا، ما تقدم من الإشكال فى جريان الأصل من كونه مثبتا فان عنوان عدم السلطنه على التسليم و إيصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب، فيمكن إثباته بالاستصحاب كما لا يخفى، فيحرز به أنه قادر على التسليم، و كذا الحال لو قامت البيئه على القدره على التسليم.

و أما إذا لم تقم البيئه على ذلك أو كان لكل من القدره و العجز حاله سابقه و لكن اشبه كل منهما على الآخر و لم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشيء منهما حاله سابقه فهل يمكن الالتزام بصحة البيع هنا أو لا يمكن.

فنعول اما إذا كان لكل منهما حاله سابقه فاشتبهها فلا شبهه فى تعارض الأصلين و تساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصدقيه فلا يجوز التمسك بالعام فى الشبهات المصدقيه.

و أما إذا لم تكن لهما حاله سابقه كما إذا تولد للبائع حيوان فلا يدري أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فانتقل المال اليه و قد باع متاع من فلان فلا يدر الوارث أنه كان قادرا على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئا و نسي أنه حين البيع كان قادرا عليه أو لم يكن ففي جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدره على التسليم و مفهومه بحيث لا يشك فى المفهوم و لا يرجع الشك إليه بأنه هل تصدق القدره على احتمال القدره على التسليم أو لا، و هكذا.

فنعول: انا قد ذكرنا فى الأصول الضابطه الكليه فى دوران الأمر بين شرطيه أحد الضدين و مانعيه الآخر كما إذا شككنا أن العداله شرط

للجماعه أو الفسق مانع عنها و هكذا فى الموارد الأخر و كما إذا شككنا أيضا أن العداله شرط لوجوب إكرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحاله السابقه فيهما فهل الضابطه هنا هو إجراء أصاله عدم العداله و منع تحقق الشرط أو إجراء أصاله عدم الضد الأخر و تفرّع عدم المانع عليه، فثمره نزاع كون أحد الضدين شرطا أو كون الأخر مانعا هو ذلك فبناء على كون أحد هما شرطا ففى المثال بأن تكون العداله شرطا للكلام و الجماعه فأصاله تحقق الشرط أو بأصاله البراهه عن الواجب مع الشك فى الشرط فنحكم بعدم الوجوب و بفساد المشروط.

و أما لو كان الضد الأخر مانعا و ان لم يكن لأصاله عدم المانع أساس صحيح إلا ما ذكرناه من قاعده المقتضى و المانع و لكن ذكرنا فى محلّه أنه يمكن نفي الضد الأخر بالعدم الأزلى بناء على جريانه كما هو الحق، ففى المثال المتقدم أن كونه عالما محرز بالوجدان فعدم كونه فاسقا زمان نحززه بالأصل فليتم الموضوع المركب من الوجدان و الأصل فيترتب عليه الحكم و لكن الأصل النافى للضدّ الأخر هو العدم المحمولى لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلى نعم فى مثل القرشيّه و نحوها تجرى أصاله عدم الأزلى.

و بالجمله قد حققنا فى محلّه أن الضابطه فى ذلك هو نفي الضدّ الأخر اما بأصاله العدم المحمولى أو بأصاله العدم الأزلى فيحكم بصحه العمل الذى قد اعتبر ذلك الضدّ فيه من حيث العدم.

و لكن لا- يجرى ذلك فى المقام و ذلك لأننا إذا شككنا فى أن البائع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا و أما العدم المحمولى الذى يشكّ فى استمراره فى أول وجود المعروض كالقرشيّه و مخالفه الشرط للكتاب و نحو ذلك فالاستصحاب غير جار إلا بمفاد ليس التامه و لا أثر له لكونه مثبتا

و بالجمله ففى تقابل العدم و الملكه الذى من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدره و العجز هو تقابل العدم و الملكه غايه الأمر ان العدم هو الذى من شأنه الوجود و ليس له رائحه الوجوديه أزيد من ذلك لا يجرى هذا الضابطه و النزاع المذكور، بل لا بد من الالتزام بشرطيه القدره فيكون البيع ح فاسدا و ذلك لان العجز أمر عدمى غير قابل لأن يكون مانعا إذا المانع هو الأمر الوجودى الذى يمنع عن تأثير المقتضى و العدم ليس له ذلك فلا يمكن إجراء أصاله عدم العجز و رفع المانع بذلك الأصل، بل العجز ليس إلا عدما الذى هو مفاد الأصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك.

نعم لو ترتب على هذا الأمر العدمى عنوان بسيط و كان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمى موضوعا للحكم لجرى هذا الأصل أيضا كالععمى إذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفي ذلك العنوان الذى هو نحو من الوجود بأصاله العدم الأزلى.

و لكن هذا أيضا لا- يجرى فى المقام إذ لا- دليل على كون العجز مانعا عن البيع الآ- قوله (صلى الله عليه و آله) لا- تبع ما ليس عندك كما هو المفروض و من الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس إلا أمرا عدميًا غايه الأمر عدما من شأنه الوجود أى عدم ملكه فهو بنفسه مانع عن البيع لكونه مأخوذا فى لسان الدليل لا عنوان آخر بسيط منتزع عنه فإذا ليس مفاد الأصل إلا نفي عنوان ما ليس عندك الذى هو عدم فلا يوجب ذلك رفع عنوان بسيط حتى يقال أن الأصل أوجب رفع الضد الآخر الذى كان مانعا كما لا يخفى.

و بالجمله فلا دليل يدل على كون العنوان البسيط المنتزع من العجز و من عنوان ما ليس عندك موضوعا للحكم حتى باعتباره تجرى الضابطه المذكوره فى المقام فافهم.

قوله: ثم ان العبره فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم

اشاره

أقول: قد عرفت أن المدرك لا اعتبار القدره على التسليم قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر بناء على كونه بمعنى الخطر و قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، بناء على تفسيره بمعنى عدم السلطه على التصرف و التسليم

و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث:

المقدمه الاولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن

و غير المالك ليس مخاطبا بهذا الخطاب كالفصولى و نحوه فلا يشملان لغيره بل لخصوص المالك.

المقدمه الثانيه: أن يكون الغرر فعليا

فان ففعليه الحكم بفعليه الموضوع فالغرر الشأنى لا يكون مؤثرا فى بطلان العقد.

المقدمه الثالثه: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به

و فيما ليس أمر بالتسليم فلا مورد للنبيين.

و يتفرع على ذلك فروع مهمه: -

الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع

على أخذه منه و لا على التصرف منه

و لكن يقبل الغاصب بيعه منه فيجوز أن يبيعه فلا- يعتبر التسليم هنا فان اعتبار القدره هنا ليس من باب الموضوعيه بل من جهه الطريقيه و وصول العوضين الى المتعاملين و من المعلوم أن المثلث هنا تحت سلطه المشتري فاعتبار التسليم تحصيل للحاصل لكونه موجودا عنده فلا يشمل النبويان على ذلك.

أما دليل نفي الغرر فمن جهة أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يد المشتري فأى خطر هنا فإنه لو كان انما هو من جهة الجهل بوصوله إلى المشتري فالمفروض أنه حاصل عنده و اعتباره ثانيا تحصيل للحاصل.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت أن كونه دليلا لهذا الشرط من جهة كون العند بمعنى السلطنة على التصرف و التسليم و من الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلم إلى المشتري.

و أما فيما لا يلزم التسليم فيه فلا مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتري من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى أن ما يلزم حمله الى البيت منهى عنه شرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبد اشتراء العقار و مال التجاره و غيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرد النهى المذكور، بل لو كان هنا عموم نتمسك به كما إذا أمره بالمعامله و البيع و الشراء قبل النهى المذكور.

ففى المقام أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن النهى عن بيع ما ليس عنده من جهة عدم القدره على التسليم و فيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا النهى أيضا فلا يشمله ذلك، بل يتمسك بعمومات صحه البيع.

الفرع الثانى: ان بيع العبد الأبق ممن ينعق الأبق ممن ينعق عليه خارج عما نحن

فيه فلا يعتبر فيه القدره على التسليم

فإنه ينعق بمجرد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغررى ليطل و لا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلك ما يكون التسليم معتبرا فيه و لا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوى عن مثل ذلك، فإنه سواء كان هنا ما يدل على

اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا.

و ربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البائع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده أيضا، فإن اعتبار الشارع حريه المبيع و كونه منعتا بمجرد البيع خارج عن ما نحن فيه، بل لا بد أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع و من الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعتاقه بيع خطرى غررى و من بيع ما ليس عنده فلا يصح ذلك أيضا.

و فيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا فان هذه القضية أى قضيه نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر قضيه حقيقه منحلّه إلى قضايا متعدده أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لو لا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، فقد عرفت أنه لا يحتاج ذلك الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح.

و بالجمله أن كلاً- النبيين لا- يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعله الموضوع بحسب القضية الحقيقه فلا- غرر فعلى فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع و لكنه ليس موضوعا.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فإن القدر على التسليم ليست لها موضوعيه

فى الحكم و انما هى معتبره من باب الطريقيه إلى التسليم و وصول المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع و من الواضح أن هذا فيما كان للتسليم فائده فليس له فائده هنا بوجه حتى يجبر عليه.

و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد

العقد لاشتراط تأخيره مده

فإنه أى البائع و كذا المشتري فيما إذا اشترط تأخير الثمن ليس مخاطبا بالتسليم قبل حلول الوقت و ليس فيه غرر بوجه و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده و الأ- للزم بطلان البيع الغائب لوجود الجهل فيه أو بيع من كان جاهلا بأحكام البيع لان مجرد وجود الجهل من دون كونه منجرا الى الغرر لا يوجب البطلان فإن الأكثر و الغالب فيه تأخير التسليم و مع ذلك لم يستشكل أحد فى ذلك.

ثم ان المصنّف قد رتب على ذلك صحه بيع الفضولى بدعوى عدم استحقاق التسليم فيه الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها ثم استشكل فى ذلك على الكشف من حيث انه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبه إليه إذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله.

ثم قال: نعم هو حسن فى الفضولى من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

أقول: لا وجه لما ذكره من أصل ترتب الفضولى على ما نحن فيه و لا للإشكال فيه فيما إذا قلنا بالكشف محل.

أما أصل الترتب فلخروج الفضولى عن محل الكلام بالمره لأنه فضولى محض فأجبنى عن طرف العقد، بل ليس له إلا إيجاد المعامله، و بعده جميع الخصوصيات راجعه إلى المالكين أو الوكيلين أو الوليين من حيث التسليم و التسلم و الإجازة و الرد فلا مجال لإبطال البيع هنا من جهه النهى

عن الغرر و لا- من جهة بيع ما ليس عنده و الآ- كان من الأول أن يحكم ببطلان الفضولى من جهة كونه من قبيل بيع ما ليس عنده، و السرفى ذلك هو أنه ليس بائعا حقيقيا و لا مشتريا حقيقيا حتى يخاطب بخطاب النهى عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جملة شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولى ليس بمالك للعوضين فلا يكون داخلا لما نحن فيه بوجه.

و أما الإشكال فقد عرفت خروج الفضولى عن محل الكلام و أما بالنسبة إلى الأصيل فان اجازة الآخر الذى كان البيع فضوليا من قبله فلا شبهة فى صحته البيع و عدم كونه غرريا و من قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محل أيضا للتمسك بالنبويين فان بطلانه مستند الى عدم الإجازة لا إلى غرريه البيع و كونه من بيع ما ليس عنده.

و أما ما ذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عمّنا العجز الى العجز الشرعى فيكون ذلك خارجا عن بيع الغررى عن تحت النبويين بالتخصيص بأنه أى الراهن مالك للعين و مخاطب بالتسليم و الغرر فعلى و مع ذلك عاجز عن التسليم فمقتضى القاعدة هو بطلان البيع و لكن خرجنا عنها بدليل الخاص و هو و ان لم يكن موجودا بعنوان خاص و لكن استفدنا بطلانه من الأخبار الواردة فى نكاح العبد معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده بدعوى عدم الخصوصية لبيع العبد، بل الغرض أن عصيان الغير فى حقه إذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان.

و أما إذا لم نعمم العجز الى العجز الشرعى فلا شبهة فى صحته بيع الراهن لعدم كونه خطريا ليشمله قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى عن بيع الغرر غايه الأمر يكون للمشتري خيار الفسخ و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

النَّبِيُّ الأَخْر نَهَى النَّبِيَّ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ لِكَوْنِهِ فِي الخَارِجِ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ.

وَبِالجَمْلَةِ فَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ سِوَاءِ كَانِ بَيْعُ الرَّاهِنِ مَشْمُولًا لِلنَّبَوِيِّينَ أَوْ غَيْرِ مَشْمُولٍ فَلَا مَجَالَ لِلإِشْكَالِ بِهِ عَلَى مَا نَحْنُ فِيهِ وَإِخْرَاجِهِ عَنِ المَقَامِ كَالفُضُولِيِّ، ثُمَّ أَنَّهُ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ حُكْمَ عَقْدِ الرِّهْنِ.

فَإِنَّهُ بَعْدَ حَصُولِ التَّسْلِيمِ لَا مَوْضُوعَ لَوْجُوبِهِ وَ قَبْلَهُ لَا عَقْدَ فَإِنَّ الإِقْبَاضَ وَ التَّسْلِيمَ فِي هَذَا العَقْدِ مِنَ الشَّرَاطِئِ فَبِتَحَقُّقِهَا لَا غَرْرَ وَ لَا بَيْعَ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ وَ بَعْدَ تَحَقُّقِهَا تَفْسُدُ المَعَامِلَةُ فَلَا مَوْضُوعَ لِلغَرْرِ.

انْتَهَى كَلَامُنَا إِلَى كَوْنِ التَّسْلِيمِ شَرْطًا وَ مَقْوَمًا لِلْبَيْعِ فَنَقُولُ ذَكَرَ المَصْنِفُ أَنَّ القَبْضَ وَ التَّسْلِيمَ فِي بَيْعِ الصَّرْفِ وَ السَّلْمِ مِنَ شَرْطِ تَأْثِيرِ العَقْدِ لَا مِنَ أَحْكَامِهِ فَلَا يَلْزَمُ الغَرْرَ وَ لَوْ تَعَذَّرَ الشَّرْطُ بَعْدَ العَقْدِ رَجَعَ ذَلِكَ إِلَى تَعَذُّرِ الشَّرْطِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ البَطْلَانُ حَتَّى مَعَ العِلْمِ بِالتَّعَذُّرِ إِذْ لَا يَلْزَمُ إِحْرَازَ الشَّرْطِ المَتَأَخَّرِ وَ العِلْمَ بِتَحَقُّقِهَا.

وَ الوَجْهُ فِي ذَلِكَ مَا أَفَادَهُ مِنْ أَنَّ القَبْضَ هُنَا مِثْلُ الإِجَازَةِ فِي العَقْدِ الفُضُولِيِّ عَلَى النِّقْلِ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ تَمَامِ النِّقْلِ إِلاَّ بِالإِجَازَةِ فَكَيْفَ لَا يَتِمُّ العَقْدُ هُنَا إِلاَّ بِالقَبْضِ أَوْ مِنَ النِّقْلِ بِنَاءً عَلَى الكَشْفِ فَإِنَّ الإِجَازَةَ إِذَا كَانَتْ جِزْءَ النَّاظِلِ فِي العَقْدِ الفُضُولِيِّ مَعَ حَصُولِ النِّقْلِ مِنْ حِينِ العَقْدِ فَالقَبْضُ أَوْلَى بِأَنْ يَكُونَ جِزْءًا لِلنَّاظِلِ إِذْ لَمْ يَقْلُ أَحَدٌ بِكَوْنِ القَبْضِ كَاشِفًا فِي بَيْعِ الصَّرْفِ وَ السَّلْمِ.

وَ بِالجَمْلَةِ فَالاعتِبَارُ عَلَى القَدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَ تَمَامِيهِ العَقْدِ لَا فِيْمَا لَمْ يَتِمَّ، وَ لِهَذَا لَمْ يَعتَبَرِهَا أَحَدٌ فِي المَوْجِبِ قَبْلَ لِحُوقِ القَبُولِ بِهِ وَ لَا يَقْدَحُ كَوْنُهُ عَاجِزًا قَبْلَ القَبُولِ إِذَا عِلْمٌ بِتَجَدُّدِ القَدْرَةِ بَعْدَهُ وَ فِي المَقَامِ أَيْضًا إِذَا

حصل المبيع في يد المشتري صح البيع بلا شبهة ثم قال و كك الكلام في عقد الرهن فان اشتراط القدره على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد أثره.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف و السلم و الرهن و سائر العقود لأن القبض و ان كان شرطاً في هذه العقود الثلاثة دون غيرها إلا أنه ليس جزءاً للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف و انما هو شرط للملكية في باب الصرف و السلم و أما الإلزام و الالتزام العقدي فقد تحقق بنفس العقد و لذا اختار المشهور و جوب التقابض كما سيأتي في خيار المجلس.

ثم ذكر في صدر كلامه بما حاصله من أنه لا وجه لقياس الصرف و السلم و عقد الرهن و غيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولي فإن اشتراط تأخير الثمن مده معينه بحيث لا يجب التسليم مده مع تماميه أركان العقد من جهة الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانيه و هذا بخلاف العقد الفضولي فإن التسليم لا يجب لا للفضولي و لا لغيره، أما للفضولي لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط وجوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولي غير مخاطب بالتسليم و أما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الإجازة فلا وجه لقياس الإجازة بالقبض و نحوه و محصل كلامه يرجع الى المطلبين.

أحدهما: إنكار قياس الإجازة في الفضولي بمسأله القبض إذ القبض في العقود الثلاثة من الشرائط و الإجازة من الأسباب المقومه قبل تماميه أركان العقد، والثاني وجوب التقابض، ثم ذكر نعم لو كان القبض جزءاً للعقد

كما هو المحتمل في عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له،لأنه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لا عقد.

أقول:أما ما أفاده من عدم صحه قياس الإجازة بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدره على التسليم ليست معتبره في العقد الفضولى أما بالنسبه إلى الفضولى فلكونه أجنبيا عن العقد و أما بالنسبه إلى الأصيل فلعدم تحقق العقد و تماميته الأ بعد الإجازة لكونها جزء مقوّما للعقد و الفرض ان الإجازة لم تتحقق بعد العقد و هذا بخلاف ما يعتبر فيه القبض فان العقد أى الإلزام و الالتزام قد تم من المتعاقدين،و انما القبض من شرائط الملكيه فى الصرف و السلم فهذا كله لا شبهه فيه.

و أما ما أفاده من كون القبض واجبا فى بيع الصرف و السلم فلا يمكن المساعدة عليه فما أفاده المصنف بحسب المدعى صحيح و لكن ما أفاده من دليله من قياس القبض بالإجازة ليس بصحيح،كما عرفت،بل الوجه فى عدم وجوب التسليم و القبض فى الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكيه الحاصله بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد.

أما الأول فهى مشروطه بالقبض و الإقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكيه فضلا عن أن يجب الإقباض لكونه ملكا للغير فلا يكون محكوما بوجوب الدفع ما لم يتم شرط الملكيه كما لا يخفى.

و أما وجوب الوفاء بالعقد فيه أولا:أنه يجب الوفاء بالعقد فى غير العقود الفاسده،أى العقود التى حصلت شرائط الصحه و أمضاه الشارع و أما فيما كانت فاسده فلا وجه للتمسك به ببيع الصرف و السلم مع قطع النظر عن القبض ليس بصحيح فكيف يجوز التمسك بأوفوا بالعقود.

و أما ثانيا:ان دليل الوفاء انما بوجوب لزوم العقد لكونه إرشادا

إلى أنه لا- ينحل و أما وجوب التسليم فهو من الأحكام المترتبة عليه، بعد تحقق العقد فلا- يمكن إثباته بأوفوا بالعقود كما لا يخفى، وهذا واضح جدا و العجب من شيخنا الأستاذ حيث استدل على وجوب القبض بقوله (عليه السلام) إذا نرى الحائط فانز معه و ذلك فيانه ناظر الى أن بقاء البيع مشروط بعدم التفرق و بتحقق القبض و الإقباض فلا دلالة فيها على الوجوب و إيجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد و إيجاد موضوع الملكيه كما لا- يخفى، بحيث أنه إذا أراد البائع ان يمشى يجب للمشتري أيضا ذلك مثلا إذا كان احد الطرف فى معامله الصرف و السلم المجتهد فنزى البائع الحائط فلا بد أن ينز آيه الله على الحائط.

و بالجمله أن العقود الثلاثة الصرف و السلم و الرهن، فالقبض فيها من الشرائط فإن تحقق تم العقد فلا غرر بوجه لعدم كون المعامله بعد القبض و الإقباض خطريه و لا من بيع ما ليس عنده، و ان لم يحصل القبض و الإقباض فأیضا ليس هنا غرر و بيع ما ليس عنده لفساد المعامله بعدم تحقق القبض.

قوله: ثم ان الخلاف فى أصل المسأله لم يظهر الآ من الفاضل

القطيفى.

أقول: هو المعاصر للمحقق الثانى، و قد حكى عنه أنه قال فى إيضاح النافع أن القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنها شرط فى أصل صحه البيع فلو قدر على التسليم صحّ البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه، بل لو رضی بالابتیاع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل اليه و لا يرجع على البائع لعدم القدره، نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم يصح المعاوضه عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل المال بالباطل.

ص: ٢٨٩

أقول: هذا الفاضل و ان أجاد في أصل المسأله لما ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار القدره على التسليم في البيع، و لكن لا يمكن المساعدة عليه في الكبرى الكليه التي أفادها من أن المشتري لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز ذلك، لأن هذه الكبرى منقوضه ببيع العبد الآبق مع الضميمة حيث ورد النص بعدم صحه بيعه بدون الضميمة حتى مع رضائه المشتري، بل يحكم بطلانه كما لا يخفى.

قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدره على

التسليم ليست مقصوده بالاشترط الآ بالتبع.

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن القدره بما هي لست لها موضوعيه، بل الغرض من اشترطها في البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين و على هذا فلو قدر المشتري على التسليم دون البائع كفى في الصحه كما هو المشهور مثلا لو وقع عباء أحد في الكوفه على الشط فهو لا يقدر على السباحه و باعه من شخص يقدر عليها بأنه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضرّ عدم قدره البائع على السباحه و كك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلم و لكن يوثق بحصوله في يد المشتري للاطمئنان عليه، كالطيور التي تذهب صباحا و ترجع مساء فإن العاده قاضيه برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

و عن نهايه الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدره في الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له ليعثه على الرجوع.

و فيه أولا: أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس أصلا فعدم العقل باعنه الى الرجوع.

و ثانياً: أنه لا وجه لبطلان بيعه حتى مع اعتبار القدره على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبي عن بيع الغرر و قوله (صلى الله عليه و آله) لا- تبع ما ليس عندك فكلا- الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام، فإنه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا و ليس كك هنا فإنه يطمئن بالرجوع فان رجع فيأخذ المثل و ان لم يرجع فيأخذ الثمن و فسد البيع فأى خطر يتوجه على المعامله.

و أما قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، أى لا تقدر على التسلط منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكيه فلعدم صدقه هنا أيضا فإنه مع الاطمئنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و إلا لما صحَّ بيع الغائب أصلا.

ثم لو تعذر التسليم و التسلم الآ بعد مده فإن كانت هذه المده مما يتسامح فيها كساعه أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا إشكال فى الصحه كما إذا باع جوهرا و كان فى صندوق مقفل و كان المفتاح عند شخص لا يحضر الآ بعد ساعه أو يوم و نحوهما، فان هذه المده مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعامله انها غرريه لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشتري هدرا و صار معدوما، بل يحصل له بعد مده قليله، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهه أخرى.

و كك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى و النبوى ينصرف عن مثل ذلك.

و لو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع الآ بعد مده لا يتسامح فيها كساعه أو أزيد فهى على قسمين، الأول: أن يكون المده

مضبوطه و مقدره و الثانى أن لا تكون مضبوطه.

أما الأول:فتاره يكون المتبايعان عالمين بالحال و أخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الأول فجعل المصنف فيه وجهان و لم يبين ما هو الأقوى فى نظره،و لكن الظاهر هو الصحه بناء على اعتبار القدره على التسليم فى البيع و ذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفى الغرر فى البيع فهو لا- يشمل المقام فإنه بمعنى الخطر و الخطر بمعنى احتمال الهاكه ففى صوره العلم بالواقع و التعذر إلى مدته معينه كقدوم الحاج و نحوه فلا خطر بوجه إذ هو متقوم بالجهل و الغفله على ما ذكره المصنف و المشتري إنما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوه اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال و مع ذلك فلا يكون عدم القدره على التسليم الى المدته المضبوطه مضرا فى البيع كما لا يضرّ مع اشتراط التأخير كما لا يخفى.

و بالجملة أن البيع هنا صحيح بلا شبهه و أما فى صوره الجهل بالمدته المذكوره فذكر المصنف صحه البيع مع الخيار للمشتري لفوات منفعه العين فى المدته المذكوره.

و لكن الظاهر هو عدم الصحه و ذلك فان كلا الدليلين أى النبوين شاملان للمقام أما النبوى الأول فلتحقق الغرر أى الخطر فان عدم وصول المبيع مثلا إلى المشتري فى هذه المدته و انتفاء المنافع كسنه خطر على المشتري فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط و كون النبوى دليلا فى المقام و أما النبوى الثانى فلان البائع غير مسلط على التسليم فى هذه المدته فيكون هو أيضا شاملا للمورد و لا يقاس ذلك بصوره العلم فإنه و ان كان أيضا غير قادر على التسليم فى المدته و لكنه قلنا

ص: ٢٩٢

بخروجه عن تحته من جهه كونه فى قوه الاشرط اى اشرط تأخير المثنم فلا يضّر بالصحه و هذا بخلاف المقام.

و على هذا فلا وجه لما زعمه المصنف من كون المعامله فى صوره الجهل صحيحه مع كون المشتري على خيار فيه.

و من هنا ظهر حكم صوره كون المده مجهوله و غير مضبوطه و هذا كبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجه لا يعلم وقت رجوعه فلا وجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فى صحه البيع و صوره الجهل بالمده مع كونها مضبوطه حيث حكم بالصحه مع الخيار.

قوله: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين

لان الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه.

أقول: الصور المتصوره فى المقام أربعه علم المتبايعين بالقدره مع وجود القدره الواقعيه، و علمهما بالعجز مع العجز عن التسليم فى الواقع و علمهما بعدم القدره مع وجود القدره فى الواقع و علمهما مع عدم القدره فى الواقع.

أما الصوره الاولى: فلا شبهه فى الصحه لوجود القدره على التسليم فى الواقع و علمهما فلا غرر و لا أنه من بيع ما ليس عنده.

و أما الصوره الثانيه فلا شبهه فى عدم صحته لكونها من أوضح أفراد الغرر المنهى عن البيع و من قبيل بيع ما ليس عنده، و انما الكلام فى صورتين الأخيرتين.

أما الثالثه فهى ما كان المتبايعان عالمين بعدم القدره و لكن كان فى الواقع عاجزين عن التسليم أو أحدهما عاجزا عنه و على ان دليل الاعتبار هو دليل نفي الغرر فلا شبهه فى فساد المعامله إذا الغرر هو الخطر و

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود في المتبايعين أو في أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، وقد عرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل و الغفلة في مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعاملة خطريه فتبطل، و ان كان الدليل هو النهى عن بيع ما ليس عنده فلا يحكم بفساد المعاملة لعدم شموله لما نحن فيه، فإنه ليس من بيع ما ليس عنده، بل هو مسلط على التسليم و قادر عليه غايه الأمر غير ملتفت بذلك.

و أما إذا كانا في الظاهر عالمين بالقدره و كانا في الواقع غير قادرين أو أحدهما قادر و الأخر غير قادر، فالظاهر فساد المعاملة على كلا-الدليلين فإنه ان كان الدليل هو نفى الغرر فلا شبهه في كون المعاملة غرريه و ذلك فان المتبايعين و ان كانا عالمين بالقدره على التسليم و كان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل في مفهوم الغرر و لكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر و الهلاكه ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعاملة و عدمها دائرا مدار احتمال الخطر و عدم احتماله، بل أخذه في لسان الدليل من باب كفايه الشارع بأدنى مرتبه الغرر لا أنه أى الاحتمال تمام الموضوع في المقام فلا محاله فيكون الاحتمال طريقا الى الواقع و بما انه طريقا اليه يكون موردا للحكم و من هنا قلنا فيما تقدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالأولويه فإنه إذا ثبت الغرر باحتمال الهلاك و فسدت المعاملة باحتمال الهلاك و في صور القطع بالهلاك فأولى بالفساد مع أنه لو كان موضوع الحكم هو الاحتمال لما كان وجه لتسريه الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه في لسان الدليل و أما النبوى الثانى أعنى النهى عن بيع ما ليس عنده فهو أيضا شامل للمقام فإنه غير قادر على التسليم و ان كان عالما به في الظاهر إلا انه جهل مركب فلا يفيد بوجه فتكون المعاملة فاسده.

قوله: و لو باع ما يعتقد التمكّن فتبين عجزه في زمان البيع.

أقول: ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد تمكّنه من تسليمه كالساعة و نحوها و تبين عجزه في زمان البيع و لكن تجددت قدرته بعد البيع صح و ان لم يتجدد يبطل و لم يستدل على ذلك بشيء.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام و لا يترقب صدوره من المصنف(ره) و ذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد و بعدم القدره على التسليم كك فلا شبهه في فساد البيع فإنه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه في المده التي كان عاجزا على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع و كان هو أيضا في الواقع غير قادر فلا يحدية العلم بالقدره حال العقد لكونه جهلا و كك أنه ليس قادرا على التسليم بأنه علمه بذلك في الظاهر لا يوجب قدره على التسليم مع كونه جهلا مركبا و تجدد القدره بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لأن الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و ان كان النظر الى العلم بالقدره في الظاهر و قلنا بكونه مجزيا في البيع من غير توجه الى الواقع و أنه يحصل به القدره على التسليم فلا شبهه في صحه المعامله و كيف كان لا نرى وجها للتفصيل في المقام كما لا يخفى فافهم.

و بعبارة أخرى ان كان النظر في هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهه في تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا و ان كان النظر الى الواقع فلا شبهه في عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبيين كما لا يخفى.

قوله: ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا.

أقول: قد عرفت بما لا مزيد عليه أن المعتبر في البيع هو العلم

بالقدره على التسليم و أن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم و انما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الأولويه و الفحوى لا بدلاله النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صورته العلم بالعجز.

و أما الكلام فيما إذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان وكيلا عنه فى ذلك فهو تاره يكون وكيلا فى إجراء العقد فقط فلا- يعتبر فيه قدرته على التسليم و لا- أن عجزه مانع عن البيع، بل هو وكيلا فى العقد و إجراء الصيغه فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين و فى إطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغه بدلا عن الموكل بلا- احتياج إلى شىء أصلا و انما الشرائط كلها معتبره فى العوضين و الناكح و المنكوح و المطلق و المطلقه و الحاصل لا عبره بقدره العاقد و عجزه كما لا عبره بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجته موكله.

و بالجمله أن مجرى العقد ليس له الآ التصدى و المباشره بإجراء صيغه العقد فقط و أما الزائد عن ذلك فلا يرجع إليه أصلا.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهه فى كفايه قدرته لعدم الغرر مع ذلك و عدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده و أما كفايه قدره موكله مع عجز الوكيل فهو وجهان، و الظاهر هو كفايته و ذلك من جهه أن القدره و ان كانت معتبره فى العاقد و كان الوكيل عاجزا عنه و لكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيلا للموكل و فى منزلته كفى قدره الموكل فى صحه اعتبار الشرط المذكور فى العقد و من لو عرض للوكيل شىء و صار عاجزا عن إنهاء الشرائط المعتره فى المعامله أو فى أفعاله الآخر لكان الوكيل مسئولا فى ذلك و يراجع إليه فى تتميم هذا الشرط.

نعم يعتبر فى ذلك علم المشتري بقدره الموكل على التسليم و الآ

فتكون المعامله غرريه لما عرفت من أن الغرر بمعنى الخطر و هو متحقق مع جهل المشتري بقدره الموكل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل إلا ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهي النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع ما ليس عنده فإنه حينئذ يحكم بصحة لعدم صحه لعدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدره الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له و لو كيله و ما لو كيله له و من هنا ظهر أن ما فى كلام شيخنا الأستاذ من الحكم بالصحة من غير فرق بين علم المشتري على قدره الموكل و جهله بها فى غير محلّه.

و ربما يقال بتقييد الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحة و أن الأمر مفوض الى الوكيل و بعبارة أخرى أن المعتبر فى المعامله اعتبار قدره المتبايعين على التسليم و هما الوكيل من قبل البائع و المشتري و بما ان الوكيل بدلا تنزيلي للموكل فيكفى قدرته أيضا فى صحه البيع و لكن لا مطلقا، بل إذا رضى المشتري أن يرجع الى الموكل و رضى الموكل أن يرجع المشتري اليه و إلا فلا وجه للصحة إذ للمشتري أن يقول بأنى ما عاملت مع المالك و انما عاملت معك، و أنت المخاطب بالتسليم و هكذا للمالك أن يتكلم بمثل ذلك.

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة لكونه أجنبيا عن العقد و انما هو فضولى محض و اسمه مطابق مع المسمى و أما قدره المالك فإنما تؤثر لو بنى العقد عليها و كان المالك راضيا برجوع المشتري اليه و كان المشتري راضيا بالرجوع الى المالك و حصل التراضى منهما على العقد حال البيع لعدم كفايه قدره الآذن فى صحه بيع المأذون إلا مع الشرط المذكور كما لا يخفى

و الفرض أنه لم يتحقق فى الفضولى و البناء على القدره الواقعيه غير مفيد إذ الشرط هى القدره المعلومه.

و الحاصل أنه يعتبر فى صحه بيع الفضولى رضائه المشتري برجوعه الى المالك و رضائه المالك برجوع المشتري اليه، و قدره البائع على التسليم، اما الشرط الأول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك و اما الشرط الثانى فكذلك أيضا إذ لعدم كون الفضولى قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد و قدره المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثره فى ذلك، بل تؤثر مع البناء المذكور.

و بعباره أخرى ان القدره قبل الإجازة لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع، و الحاصل أنه أنكر صحه الفضولى بهذا الاشكال المختصر.

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدره الفضولى على التسليم بأن يحصل رضائه المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقه بينهما و أنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولى بذلك قدره على التسليم حال العقد.

ثم أجاب عنه بوجهين، أولا: بأن هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لمصاحبه الاذن للبيع غايه الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى و شاهد الحال فلا يتوقف صحته على الإجازة.

و ثانيا: بأنه لو سلمنا بقاءه على الصفه و ظاهر أن القائلين بصحه الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

و قال المصنف: و فيما ذكره من مبنى مسأله الفضولى ثم تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل، بل نظر فتدبر.

اما ما ذكره من مبنى مسأله الفضولى من اعتبار رضا كل من الموكل

والمشترى في الرجوع الى الآخر فاسد في نفس هذه المسألة لعدم الدليل عليه و انما المانع عن صحه البيع هو الغرر و عجز البائع عن التسليم و من الواضح أنه يكفي قدره المالك على التسليم مع رضا المشتري بها كما عرفت لعدم الغرر و لا كونه من بيع ما ليس عنده و مع ذلك فاعتبار أمر آخر هنا و هو رضائه كل من المالك الموكل و المشتري بالرجوع إلى الآخر تخرص الى الغيب و قد عرفت ان قدره الموكل يكفي في صحه بيع الوكيل لكونه نازلا منزله الموكل و أن فعله فعل الموكل كما لا يخفى.

و على تقدير تسليم الإشكال في بيع الوكيل فلا تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضولي و تفريعه عليه و ذلك لما عرفت من خروج الفضولي عن حدود البيع و انما هو فضولي محض فلا وجه لاعتبار قدرته على التسليم في البيع و أن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدره الجار على ذلك و أن حاله حال الوكيل في إجراء الصيغه، بل أسوء منه فهل يتوهم أحد اعتبار قدره مجرى العقد على التسليم في صحه العقد و الحاصل أن الفضولي خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصا و هو أسوء حالا من الوكيل في إجراء الصيغه الذي لا شبهه في أن قدرته و عجزه لا أثر له فإنه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح و الحاصل بناء على صحه المبنى فلا وجه للتفريع.

و أما الاعتراض فلو سلمنا المبنى و سلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولي عليه و لكن الاعتراض الذي أورده على نفسه لا وجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض و ذلك أولا- ما عرفت من كون الفضولي خارجا عن العقد و أن البيع انما يكون أما لغوا محضا مع عدم الإجاره أو بيعا للمالك مع الإجاره فالمناط في القدره المعتبره في صحه العقد هو قدره المالك المجيز لا قدره

شخص آخر و ان اعتبار قدره الفضولى فى ذلك كاعتبار قدره الأجانف فى ذلك العقد.

و ثانيا: أن مجرّد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدره الفضولى على التسليم المعترف حال العقد و الذى اعتبرناه فى المبني، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشتري بالرجوع إلى الآخر، و ليس فى البين رضا من المشتري بتسليم المجيز و لا رضا من المالك برجوع المشتري إليه فلا محلّ لهذا الاعتراض.

و على تقدير ورود الاعتراض فجاوبه أولا- بخروجه على هذا عن الفضولى غير تمام لما عرفت سابقا من عدم كفايه الرضاء المقارن فى خروج العقد عن الفضولى بل لا بد فى الخروج من الاذن السابق أو الإجازة اللاحقة أو الوكاله.

و على تقدير الكفايه فليس هنا رضا المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولى يتثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه و من الواضح أنه أمر متأخر لا فعلى كما لا يخفى.

و أما الجواب الثانى بأنه على تقدير التماميه لا يعم جميع أفراد الفضولى و كونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلا وجه لنظر المصنف فى جميع ذلك و قوله و فى جاوبه أولا و ثانيا.

و لعله نظرا فى غير الجواب الثانى و مراد ثم فى الجواب أولا- و ثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا و ان كان بعضه تماما و الله العالم.

قوله:مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا.

أقول

يقع الكلام فى هذه المسأله فى أمور ثلاثه،

الأول:أنه ذكر

المصنف فى آخر الكلام أن الغرر المنفى فى حديث نفى الغرر كما تقدم هو

ما كان غررا فى نفسه عرفا

مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيه الثابته للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم و حاصل كلامه ان الغرر أمر عرفى كلما تحقق فيوجب فساد المعامله للنهى عن بيع الغررى كما هو الحال فى سائر القضايا الحقيقيه،و ان لم يتحقق فلا- يترتب عليه الحكم،و أما الأحكام الشرعيه فغير منوط به و لا- يقال أن هذا غرر مع لحاظ حكم الشارع فى الموضوع الفلانى أو ليس بغرر مع لحاظ الحكم الفلانى.

و رتب على ذلك بطلان البيع مراعى بالتسليم على خلاف الشهيد فى اللمعه حيث استقرب الصحه و قال ان تسلّم قبل مدّه لا يفوت الانتفاع المعتد به صح البيع و لزم و الآ- تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء و أفاد المصنف فى وجه البطلان أن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع الذى يوجب بطلانه.

و كذلك رتب عليه بطلان بيع الضّال و المجهود و المغضوب و نحوهما بدعوى أنه غررى فى نظر العرف فحكم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الرافع للغرر لا يرفع الغرر العرفى لما عرفت من عدم لحاظ الغرر مع الأحكام الشرعيه كما لا يخفى.

أقول أن الغرر و ان كان من المفاهيم العرفيه و أمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفيه الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم و عليه فإذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا محذور فيه و لا يقال أن العرف لا يراه غررا كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد و الولد و نفى الشك فى كثير الشك و هكذا.

و على هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم نظير بيع السلم فإنه ان كان البائع قادرا على التسليم الى رأس المده فيحكم بالصحة فلا خطر و ان لم يقدر على تسليمه و أيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله.

و بالجملة فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسليم الذى هو فى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصنف من كون الغرر أمرا عرفيا غير مربوط بحكم الشارع و غير ملحوظ معه.

و بعباره أخرى عدم قدره على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى و كذلك فى الأول كما لا يخفى.

و أما بيع المجحود و الضال و المغصوب فان كان تسليمها مرجوعا فى مده مضبوطة فلا شبهه فى صحة المعامله لعدم الغرر فيها بناء على تماميه دليل نفى الغرر و ح إذا تمت المده فإن حصل تمكّن فيها و الأ فيحكم بالبطلان للانفساخ فأیضا لا غرر و توهم غرريه البيع فى مده عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشتري فى ذلك الوقت على الضرر.

و كك الكلام إذا كان مشكوك الحصول للمتبايعين إلى مده معينه و لكن فى المده يكون أمره منجزا فإنه إما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فإنه ان حصل صح البيع فلا خطر و ان لم يحصل فيبطل

البيع أيضا فلا خطر.

بل الأمر كك في صورته علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن إلى مده معينه ثم بعد ذلك فاما يرجع قطعاً أو لا يرجع قطعاً، و كذلك لو علما بعدم الوصول اليه و لكن كان نظر المشتري من الاشتراء الانتفاع بعقده فإنه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر و من هنا لم يستشكل أحد في صحه بيع العبد المريض من جهه كونه غرر يا لعدم علمه ببرئه و موته و ذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعتق فلا غرر نعم إذا لم يعلم حصول التمكّن إليه في مده مجهوله فلا يعلم أنه يتمكن منه في مده قليله أو كثيره بحيث دار الأمر بين الأقل و الأكثر فيحكم بالبطان لدليل نفي الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعه في مده لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشتري.

و من هنا يعلم أن ما ذهب اليه الشهيد في اللعمه من صحه البيع فيها إذا باع مراعى بالتسليم وجيه جدًا.

الأمر الثانى أن مسأله بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسأله الغرر،

فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الآ فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعتق و على هذا فلا وجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزله التالف و مع احتمال بيع غررى منفى إجماعا نصا و فتوى.

و بالجملة لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص، خلافا للإسكافى على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه إذا يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع.

و كيف كان فمسأله عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسأله عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط أحدهما بالآخر و لا وجه لتعليل بطان بيع الآبق

و على هذا لا تنافى فى كلامى الشهيد فى اللمعه و العلامه فى التذكره قال الشهيد فى اللمعه لا يجوز جعل العبد الآبق مثنى و جزم به ثم تردد فى جعله مثنى و ان قرب أخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضال و المجهود و قال العلامه فى التذكره نظير ذلك حيث ادعى أولا- الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضا ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه الآ جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة، و ذكر المصنف (ره) فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و وجه التنافى عنده أنه لا- يجتمع دعوى الإجماع على اشتراط القدره على تسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى مع دعوى الشهره على عدم جواز بيع الآبق منفردا مع أنه أيضا غررى فلا- بد من دعوى الإجماع عليه و كك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضال مع أنه مثل الآبق و الحاصل أن الضال مثل الآبق فلا بد من دعوى الشهره على عدم جواز بيعهما و بيع الآبق غررى فلا بد من دعوى الإجماع على بطلان بيعه أيضا.

أقول: و قد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافى بين جميع هذه الفروع أصلا فإن حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثنى لورود النص فيه و تردده فى الثمن من جهة احتمال اختصاصه بالمشتمن كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق و حكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعا لعدم وروده فيه أصلا و كك

دعوى العلامه الإجماع و انما هو فى بيع الغرر الذى هو غير بيع العبد الآبق و دعوى الشهره فى بيع العبد الآبق و تجوز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضح فلا تنافى و من هنا ظهر الاشكال ما فى حكم المصنف بعدم جواز جعل العبد الآبق ثمنا كما لا يجوز جعله مثمنا لاشتراكها فى الأدله.

نعم يمكن استفاده عدم جواز من التعليل بقوله (عليه السلام) ان لم يقدر المشتري عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فإنه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا.

الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدره على التسليم فى البيع فهل يلحق به

الصلح، وجوه،

الأول: عدم الاعتبار مطلقا

لكونه مبتئا على المساهله و التوسع فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أن دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره.

الثانى: اعتبار الشرط المذكور فى الصلح، بل فى جميع العقود

المعاوضه

فدليل نفي الغرر و ان ورد فى البيع و لكنه لا خصوصيه فيه حتى أن الفقهاء يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكاله فضلا عن العقود المعاوضيه كالإجاره و الجعاله و المزرعه و غيرها، بل أرسل العلامه فى كره على ما نسب اليه المصنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر.

الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح

المحاباتى

فيحكم بعدم اعتبار الشرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعد ما كان الغرر إيصال المال الى المصالح له و عدم كون أخذ العوض محط نظر أصلا فلو صالح جميع أمواله لزيد فى مقابل درهم و كان فيه فرس شارد لا يضرّ بصحة الصلح لعدم الغرر فيه أصلا و بين ما لم يكن كك كما هو المرسوم

ص: ٣٠٥

فى السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصلح فى معاوضاتهم و هو فى الحقيقه بيع بلسان الصلح و قد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه بيعا فان البيع هو مبادله مال بمال و هو صادق عليه كما تقدم فى أول البيع.

أقول: ان كان مدرک الاشتراط الإجماع على الاشتراط و عدم جواز بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه فلا يجرى فى غير البيع، فإنه دليل لبيّ فلا بد من أخذ المقدار المتيقن و هو البيع و ان كان دليله هو نفي الغرر أولا- تبع ما ليس عندك فيجرى ذلك فى القسم الثانى من الصلح، لعدم الخصوصيه البيع، فان الفرض هو نفي الغرر و له خصوصيه لا للبيع على ان القسم الثانى من الصلح بيع لانه تبديل بين الشيئين و هو صادق عليه، فان نتيجة التبديل بين الشيئين الذى هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا.

و لكن قد عرفت عدم تماميه دليل نفي الغرر لضعف السند و عدم تماميه لا تبع ما ليس عندك من جهه عدم تماميه دلالتة فلا يبقى دليل على اعتبار الشرط المذكور فى البيع فضلا عن الصلح و على هذا فلا بد من التكلم فى مسأله العبد الآبق الذى ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكن استفاده حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا، و إلا لما كان لخصوص هذه المسأله ثمره عمليه فعلا، و اما بناء على المشهور من تماميه اعتبار الشرط بدليل نفي الغرر فيبيع العبد الآبق مع الضميمه تخصيص، فنقول أنه لا شبهه فى عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه، و إلا- مع الضميمه خلافا لمجموع العامه فإنهم منعوا عن ذلك فيبعه مع الضميمه تخصيص لعدم جواز بيع ما لا- يقدر على تسليمه على مسلك المشهور، فان مقتضى القاعده بطلان البيع و لو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأن جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى.

و أما على مسلكنا فالحكم الثابت على جواز بيع الآبق مع الضميمة من الأول مضيق فيكون عدم جواز بيعه بدون الضميمة تخصيصا للعمومات و قد ورد روايتان تدلان على عدم جواز بيع العبد الآبق بدون الضميمة.

الأولى صحيحه (1) رفاعه، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام) أ يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الآبقه و أعطهم الثمن و أطلبها أنا، قال: لا- يصلح شرائها إلا ان تشتري منهم ثوبا أو متاعا فنقول اشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز.

فهذه الرواية مختص بالبيع و الرواية الثانية موثقه (2) سماعه، فهي أوسع منها عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهما، فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه فان ذيل الرواية من التعليل لا يختص بالبيع، بل يجرى في غيره أيضا كما لا يخفى.

فمقتضى الروايتين أن بيع العبد الآبق منفردا لا يجوز مع أن فيه نفعاً و هو الانتفاع به بالعتق و أما غير العبد الآبق فلا يجوز بيعه بدون الضميمة بطريق أولى، إذا تعذر التسليم فيه لعدم النفع له فيكون الروايتان دليلا على اعتبار القدره على التسليم في البيع و غيره من العقود، و المعاضيه كما أشرنا الى ذلك فيما سبق من التكلم في دليل الشرط، و بالجملة فدليل اعتبار القدره على التسليم هو النص الوارد في عدم جواز

ص: ٣٠٧

١-١) وسائل، ج ١٢، ص ٢٤٢.

٢-٢) وسائل، ج ١٢، ص ٢٤٣

بيع العبد الآبق منفردا فإنه يدل على عدم الجواز في غيره بدون الضميمة بالأولويه و أما مع الضميمة فبمقتضى قوله عليه السلام فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه جائزا فإن المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب في كل مورد كان بيع غير المقذور مع الضميمة و أن ذلك حكم بعنوان القضية الحقيقيه و ان كان الثمن صالحا في مقابل الضميمة حكم كلى و عليه فتتعدى بذلك الى الصلح و جميع العقود المعاوضيه عليه، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمة فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد، و الإبل الشارد، كما عرفت، و مع الغرض عن شمول الروايه على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدره على التسليم الآ الفحوى من روايتين بيع العبد الآبق مع الضميمة و من الواضح أن الفحوى يجرى في صوره الانفراد لا مع الضميمة و أما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى و لكن لم يلتزموا المشهور بجواز بيع غير العبد الآبق من موارد عدم القدره على التسليم مع الضميمة حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمة و الوجه في ذلك دعوى الإجماع، بل النص كما تقدم من نفي الغرر من المشهور على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه و لكن مجرد عدم التزامهم بذلك لا يوجب الوهن بعد ما ساعدنا الدليل على الحكم بالجواز في غير الآبق أيضا مع الضميمة لشمول العمومات عليه.

ثم يقع الكلام في خصوصيات ذلك،

إشاره

ففى هنا فروع:

الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمة مطلقا،

سواء كان رجوع العبد مرجوًا أم غير مرجو؟ أو لا يجوز إلا إذا كان مرجو الرجوع فقد؟ اختار المصنف الثانى و تبعه شيخنا الأستاذ و قد استدلل المصنف عليه بأن ظاهر السؤال فى الروايه الاولى هو ذلك حيث قال الراوى أ يصلح لى أن اشترى من

ص: ٣٠٨

القوم الجارية الآبقه أعطيهن الثمن و أطلبها فإن الظاهر من كلمه اطلبها أن الوصول إليها مرجو و الآ لما كان وجه للطلب.

و كك ظاهر الجواب فى الروايه الثانيه حيث قال (عليه السلام) فان لم يقدر على العبد كان الذى نقيه فيما اشتره معه، فان الظاهر من كلمه فان لم يقدر أن الوصول اليه حين البيع كان مرجوا و الآ- لم يكن وجه لهذا الكلام ثم قال أن ذلك هو ظاهر معاهد الإجماعات المنقوله، ثم استدل على البطلان فى صوره اليأس بوجهين آخرين، الأول أن بذل جزء من الثمن فى مقابله أكل للمال بالباطل، و الثانى أنه بيع سفهى و الآ لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن فى مقابله.

أما قضيه لزوم كونه أكلا- للمال بالباطل فقد عرفت أن آيه النهى عن أكل المال بالباطل مختصه بالأسباب الفاسده كالقمار و نحوه مقابل الأسباب الصحيحه فلا تدل على شرائط العوضين.

و أما الثانى: فقد عرفت عدم الدليل على بطلان بيع السفهى، بل العمومات بالنسبه إليه محكمه و انما الدليل على بطلان بيع السفيه و هو المهجوريه عن التصرف، على أنه قد يكون سفهيا أى فيما كان ما جعله من الثمن فى مقابل العبد زائدا و بالمقدار الواقع فى مقابل غير الآبق و أما إذا كان بمقدار أربعه فلس فلا سفه فيه، بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلك كما لا يخفى.

و أما الروايه فلا- مانع من شمول قوله (عليه السلام) فان لم يقدر إلخ، على صوره اليأس أيضا فإن احتمال الوصول معه باق على حاله و كذلك لا مانع من شمول السؤال على ذلك فإنه لا مانع من المطالبه مع اليأس لاحتمال الوصول اليه.

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصحّ البيع هنا مع الضميمة أم لا؟ الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا و ذلك أن قوله (عليه السلام) و ان لم يقدر على العبد كان ما نقده فيما اشتراه معه و ان لم يكن شاملا لصوره القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الرواية عدم اختصاص الجواز بذلك فان الظاهر منها أن الثمن يقع في مقابل الضميمة و كذلك كون الضميمة قابلا لان يقع في مقابل الثمن و لا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع في مقابل الضميمة حكم كَلَى نحو القضية الحقيقيه و انما سأل السائل عن فرد من ذلك لا أن الرواية مسوقة لبيان حكم قضيه شخصيه في مورد خاص بحيث لا يمكن التعدى منه الى غيره و لذا ذكر في السؤال أن الرجل قد يشتري العبد الآبق.

و بالجمله الظاهر من الرواية أن بيع العبد الآبق مع الضميمة مطلقا صحيحه سواء كان رجوعه مرجوا أو لا، بل يصحّ مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت.

منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا

لظهور الرواية في ذلك فان قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشتراه معه ظاهر، بل صريح في كون الضميمة عما يكون قابلا- لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان و نحوهما أو لعدم النفع فيه شرعا كالخمر و الخنزير و الميتة و اما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمة فإن ما لا يصحّ بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمة أيضا.

و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك

كالعبد الآبق، فهل يصحّ بيعه أو لا؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهة عدم شمول الرواية له و ساعده شيخنا الأستاذ و لكن اختار الأستاذ المنع من جهة اقتضاء مناسبه الحكم و الموضوع ذلك المعنى، فان ما لا يصح بيعه

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصح بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح.

و لكن ما ادري كيف لاحظوا الروايه حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله(عليه السلام)فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور في الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد و ان يكون هنا شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدره على الوصول أى الآبق و إذا كانت الضميمه أيضا مثله فلا شيء هنا ليقع الثمن في مقابله فلا يصدق عليه قوله(عليه السلام)فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان المستفاد من الروايه ان ثمنه لا يذهب هدرا و أما مع كون الضميمه مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا و أما إذا كانت الضميمه منفعه فإن كان الغرض وصول شيء إلى المشتري بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد و كان صالحا لان يقع في مقابل الثمن و ان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهه في صحه ذلك و ان كان النظر هو التباعد بالروايه و استفاده حكمه منها فلا يجوز فان الموجود فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه و من الواضح أن الشراء لا يصدق في نقل المنافع لما عرفت في أول البيع أن البيع انما هو لنقل الأعيان فلا يطلق في نقل المنافع كما أن الإجازة انما هو لنقل المنافع فلا تطلق في نقل الأعيان فكما لا يجوز بيعها مستقلة فكك لا يجوز بيعها منضمه أيضا، و بالجمله أنه يعتبر في الضميمه أن تكون جائزه البيع في نفسها على انفرادها كما عرفت.

و من جمله ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين

البيع

بحيث إذا تلف قبل وصوله إلى المشتري تلف في ملكن المشتري أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشتري منه فإذا تمكن صح البيع في المجموع و الآ تقع المعاوضه بين الضميمه و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

ص: ٣١١

الثانى و لكن ظاهر ذيل كلامه هو الأول كما ذهب اليه المشهور و هو الأقوى فإن الظاهر من الروايه قد يشتري الرجل العبد و هو آبق قال(عليه السلام)لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشيء و عبيدك بكذا و كذا،فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه هو أن البيع و الشراء قد تما و تحققا من حين البيع فإذا لم يقدر المشتري عليه فيقع الثمن فى مقابل الضميمه فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح،هذا لا شبهه فيه.

نعم،لو بقى على إباقه بحيث صار فى حكم التالف يكون ذلك من البائع بمقتضى قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع كما سيأتى فى أحكام القبض و اما قوله(عليه السلام)كان الذى نقده فيما اشترى معه صريحا فى صحه البيع و كون الآبق ملكا للمشتري فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعده المذكوره.

و بالجمله ظاهر الروايه أن التلف انما هو فى ملك المشتري لحصول البيع من الأول و لكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البائع لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه،و لكن ذيل الروايه أثبت الحكم على خلاف القاعد تخصيصا لها و دلّ على كونه ذاهبا من كيس المشتري كما هو واضح.

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس فى حكم التلف كما تقدم من المصنف و ان لم يقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التلف من البائع بمقتضى القاعده المتقدمه أو من المشتري فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله(عليه السلام)فان لم يقدر عليه كان الذى نقده،إلخ،شاملا للموارد المذكوره و يكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بإزاء الضميمه

بحيث كان ذلك كفايه عن عدم استرجاع شيء من الثمن و عدم ضمان البائع له فيكون تخصيصا للقاعده أيضا.

و لكن الأمر ليس كك فان الظاهر من قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشترى معه أن المراد من عدم قدره هي عدم قدره من ناحيه الإباق و أما إذا كان عدم قدره من جهه الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعده، نعم التلف بعد اليأس لا يؤثر في ضمان البائع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمة باليأس و استقر ملك البائع على مجموع الثمن بإزاء الضميمة من دون خيار للمشتري في ذلك كما هو واضح.

ففي الصوره التي كانت التلف من البائع أعنى التلف قبل اليأس فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في الضميمة و يبطل في العبد و يرجع في حصته إلى البائع ان أعط، و إلا فيعطى ما يخص بالضميمة فقط و يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه.

قوله: و لو تلفت الضميمة قبل القبض و ان كان بعد حصول الأبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن لان الأبق لا يوزع عليه المثلن، إلخ.

أقول: في توضيح ذلك أنه إذا تلفت الضميمة قبل وصولها إلى المشتري و قد وصل الأبق إليه فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في العبد و يبطل في الضميمة فيسترد المشتري ما قابلت الضميمة من الثمن ان كان قد دفعه و إلا فيعطى ثمن العبد فقط و لا يقسط قبل وصول العبد إلى المشتري فإنه ما دام آبقا لا يوزع عليه الثمن مع تلف الضميمة و من هنا ظهر ما صدر من المشتري شيئا كان في حكم القبض كأن أرسل إليه طعاما مسموما فقتله أو أعتقه أو وهبه لشخص آخر، فان هذا كلها في حكم القبض

فيقسط الثمن عليهما فيبطل البيع في الضميمة و يصح في العبد و لكن بما أنه تصرف المشتري في العبد و أتلفه بالتصرف فلا يكون له خيار تبعض الصفقة حينئذ بخلاف الفرض الأول أعني صورته حصول العبد بيد المشتري.

و أما لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري فهل يحكم بصحة البيع بالنسبة الى العبد و يلتزم بالتقسيط و يبطل البيع في خصوص الضميمة أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولاً، و ذكر فيه وجهان من ان العقد على الضميمة إذا كان كأن لم يكن من الأول و انعدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضاً كأن لم يكن فيحكم بالبطلان في كليهما فيفسخ العقد فيهما معا فان سبب الضميمة حدوثاً لم يكن إلا العقد على الضميمة فإذا انعدم العقد على الآبق أيضاً، و من أن العقد على الآبق كان تابعا على العقد على الضميمة حدوثاً و إذا تملك المشتري العبد فيكون العقد على الضميمة كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن إلا إمكان بيع الآبق الذي لم يكن جائزاً بالانفراد و بعد ما دخل الآبق في ملك المشتري فكان كأن لم يكن محتاجاً إلى الضميمة و كسائر ممتلكته و على هذا فينحل الثمن الى كل من الضميمة و الآبق كسائر موارد اجتماع الشئيين في بيع واحد فيكون كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر و هذا الانحلال لا يوجب رفع الحكم الثابت في الابتداء من توقف صحة بيع الآبق على بيع الضميمة معه، فان مقتضى العمومات مع الشك في الصحة و الفساد محكمه و هذا توضيح كلام المصنف بإضافته إجمالاً فتأمل، فإن عبارته مغلقة.

ثم استظهر من النص الوجه الأول بدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً و لا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به، و هذا هو الظاهر فان قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذي نقده

فيما اشترى معه ظاهر في أنه لا بد و أن يكون هناك شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدره على الآبق حدوثا و بقاء فإنه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بد و ان يجوز التقسيط مع أنه ليس ككك بل لا بد و ان تستمر الضميمة ما دام لم يحصل الآبق و لم يصل الى العبد و من الواضح أنه مع تلف الضميمة ليس هنا بالفعل شيء ان يكون الثمن في مقابله مع عدم القدره على العبد ليشمل عليه قوله(عليه السلام)فان لم يقدر كان الذي نقيه فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان و ان كان مقتضى القاعده هو الصحه بعد تحققه صحيحا للعمومات الداله على صحه البيع كما عرفت في توضيح كلام المصنف.

و بالجمله الذي يتحصل لنا من الروايه هو أن الضميمة ما لم تصل إلى المشتري قبل أن يصل الآبق اليه لا طريق للحكم بصحه البيع و ان استمر إلى مده بعيده فان في كل أن لوحظ البيع يصدق أنه ليس هنا شيء يكون الثمن في مقابله فإذا وصلت الضميمة إليه انتهى أمد ذلك الحكم فح يتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمة لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

ثم بقي هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف

الأول أنه لو وجد المشتري

في الآبق عيبا سابقا على العقد

فإنه لا شبهه في كونه مخيرا بين الفسخ و الإمضاء و انما الكلام في انه هل له أن يرجع الى الأرض أم لا؟ فنسخ المصنف القول بجواز الرجوع الى الأرض إلى قول مشعرا بكونه محل الخلاف و الظاهر أنه لا شبهه فيه فإنه لا إشكال في كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرض أو معه في موارد ظهور المبيع معيبا و لا خصوصيه للمقام حتى توجب عدم جواز رجوعه إلى الأرض إلا- ما ربما يتوهم من أن الأرض جزء من الثمن واقع بإزاء وصف الصحه و مع عدم القدره على العبد لا يقع شيء من الثمن بإزاء العبد ليسترجع بعنوان الأرض و يحصل جزء من

ص: ٣١٥

الثلث، بل مجموع الثلث مع عدم قدره على العبد واقع في مقابل الضميمة.

و لكن هذا التوهم فاسد فان وقوع مجموع الثلث مقابل الضميمة انما هو بعد اليأس من العبد بحيث يكون في حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضميمة، كان المجموع في مقابل الثلث فيكون الثلث مقسّطا على العبد و الضميمة معا و ما تقدم من عدم تقسيط الثلث على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب في المبيع فيتمسك بعمومات ما دل على كون المشتري مخيرا بين أخذ الأرش و الإمضاء بدونه و بين الفسخ ثم ان عدم تعرض المصنف لصوره كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء من جهة عدم كونه محلا للخلاف و محتمل العدم و انما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم و لذا خصّه بالذكر.

الفرع الثاني: انه لو كانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه

العقد فضولا

فهل يبطل العقد في العبد مع عدم الإجازة أم لا؟ فقال المصنف بالأول، و لم يتعرّض لحكم صورته الإجازة، و الظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز و ذلك لما عرفت أن شأن الضميمة كون مجموع الثلث في مقابلها مع عدم قدره المشتري على الآبق و فيما إذا كان المبيع مركبا من مال نفسه و من مال الغير فيكون ذلك من الأول من حكم بيعين فيقع الثلث من الأول في مقابل كلا- المبيعين و ليس هنا احتمال وقوع مجموع الثلث في مقابل الضميمة فإنه ح يلزم أن لا يكون لمالك العبد شيء أصلا و يكون مجموع الثلث لمالك الضميمة بدون الاستحقاق فإنه مالك من الثلث بما قابل الضميمة دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال مالك العبد هدرا و الحال وقع البيع على المجموع من حيث المجموع.

و بعبارة أخرى الاستفادة من الرواية أن يحصل لمالك العبد شيء سواء تمكن المشتري منه أم لا، ولكن مشروطا بكونه مع الضميمة ليقع الثمن في مقابلها مع عدم التمكن من الأبق و أن يحصل للمشتري أيضا شيء كك فإذا كانت الضميمة للغير فلا يمكن ذلك و الحاصل ان الضميمة لا بد و ان تكون قابلا لان يقع مجموع الثمن في مقابلها لقوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه و إذا كانت الضميمة من مال الغير و لم يقدر المشتري على العبد فلازم ذلك ان يقع الثمن في مقابل الضميمة و لا يحصل لمالك العبد شيء فهذا لا يمكن الالتزام به على أن الظاهر من قوله (عليه السلام) فى موثقه سماعه لا يصلح إلا أن تشتري معه شيئا و يقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك هو أن الضميمة من مال مالك العبد فان معنى اشترى منك معناه أن المال ماله و لو كان من مال الغير فليس الشراء منه، بل لمالكة فإن البائع فى الحقيقة فى البيع الفضولى هو المالك بإجازته و إمضائه و أنما الفضولى مجرى للعقد فقط، فافهم.

الكلام فى اشتراط العلم بالثمن

إشاره

قوله: مسأله: (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا).

أقول

استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع،

فإنه ذكر غير واحد من الأعاضم أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين.

و فيه أن الإجماع و ان كان مسلما و لكن المظنون أن الأصل فيه النبوى

ص: ٣١٧

المشهور بين الفريقين (نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر) فليس هنا إجماع تعبدى.

الثانى: النبوى المذكور

فإنه استدلل به الفقهاء من الشيعة و السنة على بطلان البيع الغررى، و بما أن الجهالة بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فيكون البيع باطلا.

و فيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا و دلالة فلا يكون مدركا للحكم المذكور.

الثالث: روايه حماد بن ميسره الوارده فى مورد خاص

فإنه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدراهم.

و فيه أن غايه ما يستفاد منها أن المعامله المذكوره مكروهه فهى أعم من الحرمة، على تقدير إرادته الحرمة منها فهى لا تدل على الفساد لعدم الملازمه بين الاحكام التكليفيه و الأحكام الوضعيه فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع، و على هذا

فلا بد من التكلم فى

اشاره

المسأله فى جهتين

الأولى بحسب القواعد، و الثانيه بحسب الروايه الوارده فيها،

أما الوجه الأولى أى بحسب القواعد

فان كان المراد من الجهاله بقدر الثمن جهاله بأصل المالىه بحيث لا يعلم البائع أنه أى مقدار بل ربما لا يدرى أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال، فهذا لا - شبيهه فى بطلانه فان البيع مبادله مال بمال و أن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بإزاء ما يعطيه للآخر و لم يكن قبل هذه المعامله مالكا له فإذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أو لا، و مع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا و لعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

فلا يعتبرونه بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل لعدم اعتبار المالىه فى البيع و لعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك الأ- دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري، نعم سيأتى فى المسأله الثانيه اعتبار العلم بالثمن فى صحيحه الحلبي لا يحتاج إلى التأمل و من هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الروايه حماد بن ميسره و أن كان المراد من الجهاله هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالماليه و كونه بمقدار القيمه السوقيه فلا شبهه فى صحه البيع كما إذا باع الثوب بما يساوى القيمه السوقيه فإن مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر و الخطر و لا أنه يوجب الجهل بأصل المالىه غايه الأمر أنه لا يدري أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمه السوقيه.

و أما الجهه الثانيه أى بحسب الروايه الوارده فيها

فقد وردت روايه صحيحه (1) فى خصوص بيع الجاريه و يستفاد منها صحه البيع قال رفاعه النخاس سألت أبا عبد الله (عليه السلام) فقلت له ساومت رجلا- بجاريه له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمه و ان كان قيمتها أقل مما بعثت اليه فهو له، الخبر.

و فى الحدائق التزم بصحه البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن إلى

ص: ٣١٩

(١-١) وسائل ج ١٢، ص ٢٧١.

القيمة السوقية لهذه الرواية و أولها المصنف بما ليس إلا- إسقاطا لها في الحقيقة و قال لكن التأويل فيها متعين لمنافاه ظاهرها لصحة البيع و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص، نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله (عليه السلام) باعنيها بحكمي تقويمها على نفسى بقيمه عادله لكون رفاعه نخاسا عالما بقيمه الجارية لأنه يبيع و يشتري الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم أما معاطاه أو وكالة في الإيجاب و أصله في القبول، و إنما لم يقبله المالك اما للغبن لخطاء النحاس في التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته في الإماء و العبيد.

و قوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد، إلخ، اما يراد لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد الإمساك فيسقط المشتري أى النحاس مثلا خيار المالك ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعاملة و سقط خيارك فاعطى التفاوت.

و ما ذكره الايروانى من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهة توهم ان فاعل يسقط هو الخيار و عرفت أنه هو المالك و اما أن يحمل ذلك على صورته حصول الحمل بعد المس فصار أم ولد و تعين عليه قيمتها إذا فسح البائع.

و هذا التأويل ليس إلا- عبارته أخرى من إسقاط الرواية فإنه ليس فيها إشاره إلى الوكالة و كون المشتري وكيلا عنه أو كون المعاملة على سبيل المعاطاه على أن ظهور عليك ليس إلا- الإلزام على الرد و ما ذكره من حمله على إرضاء المالك بإسقاط الخيار أو حملها على صورته الحبل خلاف الظاهر

من الروايه جدا و على هذا فيدور الأمر بين رفع اليد عن الروايه ورد علمها إلى أهلها و بين توجيهها على نحو لا ينافى ظاهرها، و الظاهر هو الثاني و الذى ينبغى أن يقال أنها راجعه إلى أمر عرفى متعارف بين الناس من المعامله فإن من المتعارف فى زماننا خصوصا بين الحمالين أنهم لا يقاطعون فى مقام المعامله على الثمن و الأجره بل يوكلون الأمر إلى المشتري و المستأجر.

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فى ذلك ليس هو حكم المشتري و المستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمه السوقيه و إذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففى الحقيقه أن الثمن فى أمثال هذه المعاملات أمر كلى و هو عنوان القيمه السوقيه و ما زاد الذى هو قابل الانطباق على القيمه الواقعيه و ما زاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائره الكلى.

و نظير ذلك قد ذكرناه فى تصوير الجامع فى العبادات بين الصحيح و الأعم و قلنا بإمكان فرض كلى يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص و مثلنا لذلك بلفظ الكلمه الموضوعه لما يكون مركبا من حرفين و صاعدا فإنها قابل الانطباق على ما يكون مركبا من حرفين أو ثلاثه أحرف أو أزيد و أيضا مثلناه بكلمه الدار الموضوعه لعرضه المشتمله على الحائط و القبه الواحده أو أكثر فلا مانع من ان يكون الأمر فى المعامله أيضا ككك، فالثمن فى مثل المعامله المذكوره هو الكلى المنطبق على القيمه السوقيه و الأكثر فيملك البائع لهذا الكلى فالروايه الشريفه تدل على هذه القضيه المتعارفه فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون إسقاطا لها فيكون ح و جها لإلزام المشتري على رد الناقص لكونه أقل من القيمه التى وقع عليها البيع

فيقع قوله (عليه السلام) فعليك، إلخ، في موقعه و من هنا ظهر بطلان ما ذهب إليه صاحب الحدائق أيضا من حمل الروايه على القيمة السوقية لما عرفت ان الثمن هنا كلي و هو القيمة السوقية و ما فوقها كما لا يخفى.

و بالجمله فلو قال البائع بعتك بسعر ما بعته أو علم المشتري بأن ما اشتراه من البائع فليس ثمنه أزيد من القيمة السوقية فهي مضبوطة في السوق و أن لم يعلم هو بالقيمة تفصيلا فلا- دليل على فساد هذا البيع للجهااله، فإنها ليست على نحو تكون موجه لعدم العلم، بأن الثمن أو المثلن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا في اعتباره بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل فإنه لا دليل على هذا و أنه بدون المنشئه إلا أن يكون هنا إجماع على البطلان فما عن الإسكافي من صحه البيع إذا قال البائع بعتك بعسر ما بعته في غايه المتانته، و لكن قوله و يكون للمشتري الخيار لا وجه له فإنه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار و ان لم يكن غرريا فيصح و أيضا ليس له خيار كما هو واضح.

الكلام في اشتراط العلم بالمثلن

اشاره

قوله: مسأله: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط بإجماع علمائنا.

أقول: اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثلن بلا- خلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أي مقدار فلا يجوز إلا إذا كان الجهل على نحو لا يضر كما إذا علم البائع بالمبيع و يبيعه على القيمة السوقية و يعلم المشتري أيضا أنه ما يشتريه على النحو المتعارف في السوق فإنه لا وجه هنا للبطلان إلا إذا كان هنا إجماع على البطلان

و تحقيق الكلام هنا في جهتين

الاولى في اعتبار العلم بالمكيل و الموزون

ص: ٣٢٢

أما الأولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمه المذكوره لاعتبار القدره على التسليم و كون الجهاله و الغرر موجبا للبطلان و قد عرفت الكلام فيها و ما يرد عليها و يمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام(عليه السلام)على عدم الجواز البيع جزافا في صحيحه (١)الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدده فيكال بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكال على حساب ما بقى من العدد قال لا بأس فإن الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا و أنه كان من المرتكزات عنده و عند العرف، و لذا سأل عن جواز الكيل فى المعدود و قد قرّر الامام(عليه السلام)اعتقاده و لم ينبه على جواز البيع جزافا كما نبّه على جواز البيع بالكيل فى المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا يجوز، و الاستدلال بها أتم و أحسن من دليل نفى الغرر و نحوه و اما الثمن فهو كالمثمن للقطع بعدم الفرق بينهما.

و أما الجهه الثانيه فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل

فى المكيل و الموزون

فلو باع جزافا لا- يصحّ حتى مع عدم الغرر كما إذا كان مقدارا من الحنطه مثلا فى أحد طرفى الميزان و مقدار من الأرز فى الطرف الآخر الذى يساوى الحنطه فباع أحدهما بالآخر و لكن لا يعلم أنه أى مقدار فإنه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتمده.

منها صحيحه الحلبي

(٢)

فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري ابتع منى من هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعت قال لا يصلح إلا بكيل قال و ما كان

ص: ٣٢٣

١-١) وسائل ج: ١٢، ص ٢٥٩.

٢-٢) وسائل ج: ١٢، ص ٢٥٤.

من طعاما سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام و في روايه الفقيه فلا يصح بيعه مجازفه و المطلب واحد.

فالظاهر من هذه الروايه المباركه أنه لا- يجوز البيع في المكييل و الموزون مجازفه و جزافا، و لكن أشكل عليها بوجهين، الأول بالإجمال، بمعنى أنه ما معنى قوله (عليه السلام) و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فان ظاهره التنوع و أن الطعام على قسمين أحدهما يعتبر فيه الكيل و الآخر لا يعتبر فيه الكيل، و الحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو في جميعه و الآ فكك و أيضا فذيل الروايه ظاهر في كون ذلك مكروها و هو لا يضر بالمعامله.

الثاني: أن الروايه مشتمله على ما لم يلتزم به احد و هو عدم تصديق البائع و ليس كك فإنه يصدق في اخباره بالمبيع نصا و فتوى أما الأول فيرد عليه أن المراد من الكراهه ما ذكره المصنف من أنها في الروايات أعم من الكراهه المصلحه فلا يعارض بظهور لا يصلح و لا يصح في الفساد على أن الكراهه بمعنى الحرمة أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعي و التكليفي.

و أما قوله ما سميت من الطعام فليس تنويعا بل ذكره من جهه الاشعار إلى عله الحكم و وجه اعتبار الوزن و الكيل في الطعام من أنه من جهه بطلان المعامله فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه و لكونه طريقا الى وزنه و مقداره فإنه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعامله في المكييل من جهه آخر من التعبد و نحوه لا من جهه طريقه الكيل الى مقدار الواقعي و إخراجة عن الغرريه كما لا يخفى.

و أما الإشكال الثاني أن تصديق البائع و ان كان مسلما كما سيأتي في الروايات الاتيه و لكن ذلك انما يكون إذا أخبر عن الكيل بان يقول

أنا كنت ذلك كما هو المتعارف في اليوم في البقالين و العطارين حيث يوزنون الأشياء لسهولة البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجفاف و بالحدس من غير كيل و وزن و الروايه ظاهره،بل صريحه أن اخبار البائع عن العد الآخر انما هو بالمجازفه و الحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشتر منى هذا العدل الآخر بغير كيل و كذا قوله(عليه السلام)و ما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفه ظاهر أو صريح فيما نقول.

و منها موثقه سماعه

(١)

قال سألت عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن فقال أما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن نشترى منه مراهبه فلا بأس ان اشترته منه و لم تكله و لم تزنه إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن إلخ،و هي أيضا تدل على اعتبار الكيل و الوزن في الطعام و على كفايه اخبار البائع بالوزن و الكيل.

ثم انه يقع الكلام في أن اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون في

اشاره

جميع الموارد أو مختص ببعضها

و تنقيح هذا البحث يتوقف على البحث في أن الغرر المنفى في البيع هل هو شخصى أو نوعى فعلى الأول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا و على الثانى فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا و ان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث في ان ما ورد التخصيص على عمومات صحه البيع باعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون هل هو يجرى في جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسك في البقيه بالعمومات و كيف كان يختلف البحث في المقام باختلاف مدرك الحكم.

أما إذا كان المدرك على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفى الغرر

ص: ٣٢٥

(١-١) وسائل ج: ١٢، ص ٢٥٧.

فلا بد و ان ينظر إليه فإن كان المستفاد منه أن الغرر عله لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصاً بموارد الغرر الفعلى فيكون المنفى هو شخص الغرر و عليه فيصح بيع المكييل و الموزون جزافا إذا لم يكن فيه غرر كما إذا وضع مقدارا من الحنطه على احد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الأخر فيبدل أحدهما بالآخر فإنه لا غرر فيه قطعاً و ان كان مقدار العوضين مجهولاً- و كذا لو كان شىء من المكييل و الموزون لا يوزن فى الخارج اما لقلته كحبه من الحنطه و مقدار حصه من الدهن و هكذا أو لثقله كزبر من الحديد فإنه لا- غرر فى أمثال ذلك مع كون مقدار المثلن مجهولاً و هذا نظير كون الحرج و الضرر مأخوذ اين فى الأحكام الحرجيه بعنوان العله فإنه يكون الحكم بها تابعا لوجود الموضوع الشخصى فلا يرتفع فى غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

و ان كان المستفاد من دليل نفى الغرر كونه حكمه للحكم بالبطلان فيكون باطلا فى الموارد المذكوره و ان لم يكن فيها غرر شخصى فإنه لوحظ فى المبيع بعنوان الحكمه للحكم فلا- يلزم وجودها فى جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكمه لتشريع العده و تعفن الإبطين حكمه لتشريع وجوب غسل الجمعه و كون المشقه حكمه فى عدم وجوب السواك و كون الحرج حكمه فى عدم جعل النجاسه على الحديد فان هذه الأمور بأجمعها لوحظت حكمه للتشريع فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد و فى المقام أن نفى الغرر حكمه لحكم الشارع ببطلان المعامله التى كان العوضين فيها مجهولاً و لكن إذا لم يكن غرر فى مورد أو موارد كما تقدم مع جهاله العوضين فلا- وجه للحكم بصحه المعامله بل يحكم أيضا بالبطلان لعدم لزوم التسريه فى حكمه الاحكام.

و لكن الظاهر أن النزاع في أن الغرر المنفى في دليل نفى الغرر شخصى أو نوعى ليس له منشأ أصلا فإن هذا النزاع انما يجرى فيما إذا كان ذلك العنوان المتنازع فيه متعلقا للحكم و موقوفا عليه في لسان الأدله من غير أن يكون لنفس العنوان المذكور فيها موضوعيه للحكم و هذا كثبوت الحرمة للخمر فإنه ليس لعنوان الخمر موضوعيه لثبوت الحكم له بحيث يدور الحكم مدار صدق الاسم حتى لو كان الحبر مسمى بالخمر فتشمل عليه أدله حرمة الخمر و انما التحريم ثبت لها لكونها مسكره كما في عده من الروايات الداله على أن الخمر انما حرمت لعاقبتها و لإسكارها لا لاسمها و ما كانت عاقبته عاقبه الخمر فهو حرام و على هذا فيصح البحث في أن الإسكار حكمه أو عله و هكذا في كل مورد علل ثبوت الحكم بشيء آخر كجعل العده المعلل باختلاط المياه و نحوه.

و أما فيما يكون العنوان المأخوذ في الأدله بنفسه موضوعا للحكم فلا مجال للنزاع المذكور و مقامنا من هذا القبيل فان عنوان الغرر كعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحكم ببطلان المعامله الغرريه فيكون نظير العله من حيث دوران الحكم مداره وجودا و عدما على نحو القضييه الحقيقيه ففى كل مورد ثبت الغرر فيوجب بطلان البيع و الّا فلا فان عنوان الغرر مأخوذ في النبوى بعنوان القضييه الحقيقيه فيكون صدقها تابعا بتحقق الغرر الشخصى في الخارج فلا مجال لتوهم بطلان البيع فيما إذا كان العوضين أو أحدهما مجهولا و لكن لم يكن فيه غرر كما في الموارد التى ذكرناها.

فهل يتوهم فقيه أو متفقه بل عوام انه إذا كان التوضى حرجا على جميع الناس لبروده الهواء الّا لشخص واحد لحراره مزاجه فيكون وجوب الوضوء مرتفعا عنه لكونه حرجا على نوع الناس و ليس ككك قطعا و كك المقام و هذا ميزان كلّي و قد ذكرنا هذه الكبرى الكليه في غير موارد البحث عن الحكمه و العله و عدمه في

غير واحد من المباحث.

و أما إذا كان المدرك هي الأخبار الوارد في اعتبار الكيل في المثلث فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم في ذلك كدليل نفي الغرر بل لسانها اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و هل تدل على اعتبار الكيل في المكيل و الموزون مطلقا، و ان كان الجهل لا يوجب الغرر في بعض الموارد كما إذا كان للمتبايعين حدس قوَى يعينان مقدار المكيل و الموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الا- نادرا و بالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوي الآخر في المقدار و لكن لا يعلمان مقدارهما الواقعي أو كان قليلا بحيث لا يعد في العرف من المكيل و الموزون أصلا كحبه من الحنطة أو مقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلًا لا يمكن وزنه كزبر من الحديد.

أو أنه لا يعتبر الكيل و الوزن الا فيما كانت الجهالة موجبه للغرر أو يفصل بينا كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحة و بينا لا- يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثاني و توضيح ذلك أنه لم يرد في تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم في أنه بأي كيفية حتى نبحت فيه كما عرفت، بل هي داله على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و على هذا فلا- يصح بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه، إذ الاستفادة أنه لا بد من معرفه مقدار المكيل و الموزون سواء كانت الجهالة موجبه للغرر أم لا، فإنه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه.

و أما إذا عينا العوضين بالحدس القوي و التخمين الذي لا يتخلف الا قليل فيصح البيع، ح فإنه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهه أن لهما موضوعيه، بل من جهه كونهما طريقا الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوي أيضا مما يعين المقدار كالكيل

ص: ٣٢٨

و الوزن و على هذا فيلتزم بصحة البيع بالتخمين و هذا نظير أخبار البيه على ان هذا المتاع قد كيل أو وزن فهل يتوهم أحد بعدم اعتبار ذلك من جهة عدم تحقق الكيل و الوزن فيتمسك بالعمومات الداله على صحة معامله و أما الأشياء التي لا يعد في العرف من المكيل و الموزون فالظاهر عدم اعتبار الكيل و الوزن فيها لخروجها عن المكيل و الموزون تخصصا في نظر العرف فإن الاخبار لا تدلّ إلا على اعتبار الكيل في المكيل و الوزن في الموزون لا على اعتبارهما في جنس المكيل و الموزون كما في الربا، و من الواضح أن الأمور المذكوره ليست من المكيل و الموزون في نظر العرف، بل من جنسهما فلا تشملها تلك الأدله و اذن يفرق بين المقام و بين جريان الربا في المكيل و الموزون فإن أدله حرمة الربا تدل على جريانه في جنس المكيل و الموزون سواء كان قليلا أو كثيرا و موزونا في نظر العرف أم لم يكن كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و من هذا القبيل النقود الرائجه فعلا- فإنها و ان كانت من جنس الموزون و يجرى فيه الربا و لكن لا- يعتبر فيها الوزن في مقام معامله، بل هي من المعدود كما هو واضح.

و يؤيده بل يدل عليه أنه لو باع أحد ماله بدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الدراهم بحبّه أو حبتين فلا يبطل البيع لأجل جهاله الثمن و لا أنه يقسط المبيع و يلتزم بالصحة بما قابل الدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن معامله بالدنانير الفعلية التي من القرطاس صحيحه و ان كان بعضها ممزقا ما لم يضرّ بالرواج فلا يشك أحد أن المزق عيب فيه فيعلم من جميع ذلك ان النظر في النقود و الأثمان إلى الرواج لا الى واقعها و أنها من أى جنس بل يكون للبائع تبديل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

الثلث كلى الدراهم و يكون له الخيار و مطالبه التفاوت إذا كان شخصيا بل السيره القطعيه قائمه على المعامله بالنقود المسكوكه
معامله المعدودات، و لا يشك أحد فى ذلك، بل لا يلتفتون اليه و كونها مكيه أو موزونه، بل و لا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم
مقدار الدراهم المسكوكه الرائجه إلا إذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهدا بين الناس كالقرانات السابقه
فى الايران و بالجمله لا نحتمل أن يشك أحد فى كون الدراهم و الدينير الرائجه من قبيل المعدودات و يدل على ما ذكرناه من
كون النقود من المعدودات صحيحه (1) ابن عبد الرحمن قال قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) أشتري الشيء بالدراهم فاعطى
الناقص الحبه و الحبتين قال لا حتى تبيته ثم قال ألا أن يكون هذه الدراهم الأوضاحيه التى تكون وعدنا عددا.

فإنها صريحه فى كون الدراهم من المعدودات و أما النهى عن إعطاء الناقص فليس من جهه الجهاله، بل من جهه الغش و قد
تقدم أنه حرام فى المعاملات.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان النقود المضروبه من الفلزات ليست من الموزون، و ان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن و لا
يضر الجهل بها بصحة المعامله و لا يقاس المقام بالربا فإنه يجرى فى كل جنس يكون من المكيل و الموزون.

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا يعتبر فى الكيل و الوزن المعتبرين فى الروايات إلا العلم بقدرهما إجمالا بحيث لا يكونان مجهولين
بالكلية كبيع المكيل و الموزون بالصخره المجهوله فإنه يبطل بحكم تلك الروايات

ص: ٣٣٠

لكونها مجهوله محضه فيكفى معرفه الوزن و الكيل إجمالاً- في صحه المعامله بحيث لا- تكون المعامله في العرف مجهوله العوضين و الوجه في ذلك أنه لا- نعلمه من ادعى حقيقه الأوزان و المكيال تفصيلاً لعدم انضباطها في الخارج تحقيقاً حتى الأوزان الدارجه المضبوطه بالقرام و الأوزان القديمه المضبوطه بالمثاقيل فإنها تنتهي بالآخره إلى مرتبه مجهوله، بل لا يعلم بها أهل العرف على النحو المضبوطه قبل انتهائها إلى الميزان الأصلي من القرام و المثقال حتى يكون مجهولاً في أصل الماده فإن نوع أهل العرف لا يدرون أن الحقه أى مقدار و أن الكيلو أى مقدار، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح، بل يستحيل معرفه الأوزان على التفصيل لعدم إمكان معرفه حقائق الأشياء لغير علام الغيوب فالعلم بحقيقه الوزن على التفصيل يستلزم العلم بحقيقه الأشياء و قد قلنا أنه لا يمكن لغير علام الغيوب و هذا واضح جداً.

ثم انه اعتبار الوزن و الكيل في الروايات طريق إلى معرفه المكيال و الموزون، فإنه لا شبهه في أنه لا موضوعيه لهما قطعاً و عليه فلا- بد و أن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذى يوزن به المبيع و يعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أى وزن فإنه ربما يكون الأوزان المتعدده مسماه باسم واحد فيتخيل المشتري منه الوزن المنسوب الى فلان و كان نظر البائع إلى غيره فيكون المبيع مجهولاً فتبطل المعامله للجهاله و مثاله أن الحقه اسم للأوزان المتعدده فإذا كان نظر البائع إلى حقه العطارى و هى حقه الإسلامبول و كان نظر المشتري الى حقه النجف فتعاملاً على ذلك فتكون المعامله باطله بلا شبهه، و كذا المن فإنه مشترك بين التبريز و الشاهى و النجف و غيرها فإذا باع متناً من الحنطه بدرهم و تخيل المشتري أنه من

النجف الذى ستّ حقق و كان نظر البائع الى من التبريز مثلا فإنه تبطل المعامله للجهااله،بل ربما كان لبلده واحده أو قريه واحده وزن خاص فلا بدّ من التعيين حتى لا تكون المعامله مجهوله.

و بالجمله فالغرض من اعتبار الوزن و الكيل ليس مجرد وزن الموزون و كيل المكيل سواء علم المتبايعان بالحال أم لا، إذ ليس لهما موضوعيه أصلا، بل الغرض معرفه مقدار الثمن و المثلن إذا كانا من المكيل و الموزون و الوزن و الكيل طريقان الى الواقع و على هذا فالمناط فى صحه بيع المكيل و الموزون معرفه مقدارهما الواقعي، و على هذا فيصحّ بيعهما بغير الوزن و الكيل إذا علما بهما بغير الوزن و الكيل كالحدس القوى كما عرفت و يبطل البيع مع عدم العلم بالواقع حتى مع الوزن و الكيل إذا كانا مجهولين.

أما الكلام فى المعدود

فالحكم فيه مثل الحكم فى المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر كما فى المتن فلا بدّ من اعتبار العدّ فحيث ان الغرض به معرفه مقدار المعدود فيكفى فيه غير العدّ أيضا من الكيل و الوزن و الحدس القوى الغير المتخلف كثيرا و يدلّ على اعتبار العدّ فى المعدود و قيام غيره مقامه خير الجواز الاتى الذى ذكرناه فى اعتبار العلم بالمثلن أيضا ثم أنه لا يهّمنا التكلم فى ان الميزان فى المعدود و الموزون أى شىء لعدم انضباطه و لترتب الفائده عليه و مع ذلك سيأتى الكلام عليه، و الظاهر أنه أمر عرفى يختلف باختلافهم و مثل الباذنجان من المعدود كما فى بعض بلاد إيران، و من الموزون فى العراق و مثل البرتقال و الليمو من الموزون فى بعض البلاد و من المعدود فى بعضها الأخر و كذا الجوز و هكذا و هكذا فلا بدّ فى ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى.

و اما المزروع فان قلنا بأن الروايات التى اعتبر الكيل و الوزن فى المكيل

والموزون من جهة الطريق الى الواقع و لزوم تقديرين الثمن و المثلن فى المعامله من غير خصوصيه فى المكيل و الموزون و لا فى التقديره بالكيل و الوزن كما هو الظاهر فتعدى الى كل شىء و نحكم بلزوم تقدير فى المعامله و اذن فيجب تقدير المزروع بالزرع و نحوه و يدل على ذلك التقدير فى روايه الجوز (١) الاتيه.

و ان قلنا بأنه لا- يستفاد من تلك الروايات التعميم بل لا بد من الاقتصار بالمورد و أيضا لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم و اذن جاز بيع المزروع بأى نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفى.

قوله:مسأله لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل

اشاره

و الموزون.

أقول:بعد ما عرفت اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون فيقع الكلام فى اجزاء كل منهما مكان الآخر و قيل بالجواز مطلقا و قيل بعدمه كذلك و الثالث التفصيل و هو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه إذا كان المدرك هو دليل نفى الغرر فالمقدار فى صحه المعامله و فسادها هو الغرر وجودا و عدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الآ فلا- و لا يفرق فى ذلك كون المبيع معلوما أو مجهولا كما هو واضح،فلا يقع الكلام فى كفايه كل من الوزن و الكيل فى مورد الآ-خر و اما الكلام فى المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر و بلحاظ الأخبار الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقا نسب الى الشهيد فى سلم

ص:٣٣٣

الدروس و استدلال عليه بروايه (١) وهب عن الصادق (عليه السلام) قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن.

و فيه أولاً: أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانياً: ما ذكره المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ من كون الروايه راجعه إلى جعل ثمن المكيال موزوناً و ثمن الموزون مكياً لا إلى جريان كل منهما في الآخر فلا يكون مدركا للجواز.

ثم انه لا- شبهه في ان لكل من الوزن و الكيل دخلاً- في مالیه الأشياء المكيله أو الموزونه و أن يختلف قيمه الأشياء باختلاف الوزن و الكيل، و عليه فإذا كان لحجم الشيء دخل في الماليه لا يكفى الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن ما يكون ماليته بالكيل أى مقدار مثلاً لو كان بيع الأجر بالكيل فيعلم أن المقدار الفلاني من الأجر له ماليه كذا و لكن إذا وزن و لم يعلم انه أى مقدار من الوزن يساوى بذلك المقدار حتى يعلم أن له هذا المقدار من الماليه و هذه الكبرى الكليه مستفاده من الاخبار الوارده في اعتبار الكيل و الوزن.

و ربما يقال بجواز بيع كل منهما بالآخر لقوله (٢) (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يجوز بيعه في زقه فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجراف لكون الوزن طريقاً اليه بل هو الأصل في تقدير الوزن.

و فيه قد عرفت أن الكيل و الوزن دخلاً في مالیه الأشياء فما كانت ماليته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهاله به كما عرفت.

ص: ٣٣٤

١-١) وسائل: ج ١٣، ص ٦٣، باب ٧، حد ١.

٢-٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤، باب ٤، حد ٢.

و قد يستدل عليه بموثقه (١) سماعه قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: أما أن تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مراحه فلا بأس ان اشتريته منه، و لم تكله و لم تنزه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس.

و فيه انه لا- دلالة في الروايه على ذلك، فان الظاهر من الروايه أن إتيان الكيل و الوزن على سبيل اللّف و التّشر و كان نظر الامام (عليه السلام) الى اعتبار كل من الوزن و الكيل في كلّ من الوزن و الكيل و ليس نظره (عليه السلام) الى كفايه كل منهما عن الآخر و يؤيد ذلك التعبير بلفظ أو في ذيل الروايه فيكون الظاهر من الروايه أن كلّ من الكيل و الوزن معتبر في كل من المكيل و الموزون فمفهوم القضيّه الشرطيّه أنه إذا لم تشتتر المكيل بكيل و الموزون بالوزن فيكون باطلا فإطلاق المفهوم شامل لبيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالكيل فيحكم بعدم الجواز و يقرب ما ذكرناه من اللّف و التّشر أنه (عليه السلام) عطف الوزن على الكيل بقوله (عليه السلام) في طعام قد كيل و وزن إذ ليس من المحتمل اعتبارهما معا في المكيل و الموزون.

و بالجمله الظاهر من الروايه أن الوزن و الكيل كل منهما دخيل في ماله المكيل و الموزون فلا يكفي الكيل بالوزن و ككّ العكس.

و أما القول بالتفصيل فاختره المصنف (ره) و قال: بكفايه الوزن في المكيل و بعدم كفايه الكيل في الموزون بدعوى أن الوزن أصل الكيل و أضبط و انما عدل إليه في المكيلات تسهيلا فلا مانع من القول بكفايه الوزن

ص: ٣٣٥

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن.

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقه هو اعتبار كل من الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون على سبيل اللّف و النّشر و أن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل فى ماله كل من المكيل و الموزون بحيث ربما تضطرّ بماليه المكيل بانعدام الكيل و ان كان يوزن بالوزن كما مرّ فى مثال الأجر و كذلك العكس و ليس كل ما يكال يكون معلوم الماليه بالوزن عند العرف، و كذا العكس.

و ما ذكره من أن الأصل فى تعيين مقادير الأشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلا فهو كذلك، و لكن لا يعلم أنه أى وزن كان أصلا و أن كيل كان طريقا له مع اختلاف الأوزان باختلاف الممالك و البلاد بل فى بلده واحده أوزان مختلفه فإذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار مالىته تفصيلا بحيث لا يلتفت اليه العرف إلا بالكيل و إذا بيع بالوزن لكونه أصلا فى تعيين المقدار فلا يعلم أن أى مقدار من المتاع وقع مقابل أى مقدار من الثمن مثلا إذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الأجر و الجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معين الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشتري أى مقدار من المثلث قد حصله فإنه لا يدري أن هذه المصاح تصير قبه أو قبتين و هكذا فى كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البائع بالوزن و يصحّ ما ذكرناه بملاحظه ما وقع الاختلاف الكثر فى الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان و على هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه إلا أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتّجه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا فى الموازين القديمه فح يوزن كيل واحد و يحاسب الباقي

ص: ٣٣٦

على حسابه و يدل على ذلك روايه (1)عبد الملك بن عمرو قال:قلت لأبي عبد الله(عليه السلام)اشترى ماء راويه من زيت،فاعترض راويه أو اثنين فانترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك،قال لا بأس فإنه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أى مقدار من الوزن فلا- يقاس ذلك بغير ما جعل الكيل طريقا ففى هنا يتجه ما ذكره من ان الوزن أصل فى تعيين المقادير كما لا يخفى.

فإنه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيين المبيع بالحدس القوى أو بالبينه أو تصديق البائع فى اخباره عن الكيل و الوزن فان فى ذلك كله يحصل الاطمئنان بالواقع و بمقدار المثلث.

و على هذا فلا يفرق فيما يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان فى كلا الموردین قد حصل الاطمئنان بالمقدار و يجعل الكيل طريقا الى التعيين غايه الأمر فإذا ظهر التفاوت بما لا يتسامح كأن ظهر فى ماء راويه التى مائه أمنان مثلا التفاوت بعشره أمنان فيكون للمشتري الخيار.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما أشكل به شيخنا الأستاذ على المصنف حيث قال و أما إذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلف بما لا- يتسامح فيه فلا- معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا- يخرج عن الجهالة و الآ لصح بيع الموزون مشاهده مع البناء على أنه مقدار خاصّ و حاصل الكلام أن تيه كون شىء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدرا بمقدار خاصّ و نحو ذلك من الأمور البنائيه و القليه لا أساس لها فى باب المعاملات.

ص: ٣٣٧

و وجه الضعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقدار المعين الواقعي سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح من قبيل مجرّد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه أصلا.

معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين

قوله: ثم انه قد علم مما ذكرناه أنه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقه و الرطل و الوزنه باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم غير جائز.

أقول: حاصل ما ذكره أنه لو كان الوزن أو الكيل معلوما عند أحد المتعاملين دون الآخر كالحقه و الرطل و المن و الوزنه باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفه غيرهم بها خصوصا الأعاجم فهو غير جائز فإنه لا يصدق فى العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس إلا كوضع الصخره الغير المعلومه على الميزان و الوزن لها.

أقول: الظاهر أنه غير تمام لما ذكرناه سابقا من كفايه العلم الإجمالى بالوزن و لو بمشاهدته أن هذا حقه أو وزنه أو غيرهما و أن كل حقه من الأرز مثلا بقيمه كذا بحيث يرى المشتري ذلك و يعامل على طبق هذا الموجود الخارجى بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفه، بل بيع بالوزن أو الكيل و ان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيره القطعيه حيث يرد المسافر على بلد و شرى منهم المتاع من غير معرفه مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم إجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابله من المتاع بقيمه كذا و هكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبه نازله من التفصيل الحقيقى بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدى، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقعيه أو حقه أو وزنه و أما أن كل منها أى مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا، بل لو عرفه و بالأخره

يصل الى مرتبه لا يعلم أنه أى مقدار كالمثقال و القرام.

و بالجمله لا وجه لما قاله المصنف من عدم كفايه الوزن مع علم أحدهما دون الآخر كاوزان العراق و على هذا فيصح معامله الزوار الذين يجيئون الاعتبارات المقدسه و يعاملون مع أهلهم باوزان لا يعرفون مقدارها.

نعم قد تقدم سابقا بطلان معامله فى صوره واحده و هو أن يبيع كئيا مثلا من الحنطه و نحوه على حساب كل من بدرهم أو كل حقه بدرهم فلا يعرف من الوزن إلا اسمه فقط، من غير علم به بالمشاهده و نحوها فتكون باطله لكونها معامله جزافيه و هذا غير ما ذكرناه.

و بالجمله المدار فى صحه بيع الموزون و المكيل الذى فرضنا من الروايه هو صدق البيع بالوزن أو الكيل بحيث يعرف كل منهما أنه كيل أو وزن و أما معرفتهما تفصيلا فليس لها فى الروايات عين و لا أثر كما هو واضح، فافهم.

و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون

فبالنسبه إلى أصل اعتبار العدد فى المعدود قد تقدم الكلام فيه و قلنا أن صحيحه الحلبي (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام) يدل على ذلك حيث سئل عن الجواز لا نستطيع ان نعهه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به، فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فى المعدود مفروغ عنه و انما سأل السائل عن كون الكيل طريقا اليه أو انه لا يكال، بل للعدّ موضوعيه فى المعدود و أيضا يدل بالتقرير على جواز كيل المعدود و بيعه و وزنه و ليس للعدّ موضوعيه فى ذلك و هذا لا اشكال فيه أيضا.

و لكن بقى فى الروايه شىء و هو ان التقرير لكفايه الكيل عن العدّ و

ص: ٣٣٩

(١-١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩.

ان كان مسلما و لكن الظاهر من الروايه اختصاصه بصوره الاضطرار،حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعه فلا يجوز فى غير حال الضروره.

و فيه أن الروايه و تقريره(عليه السلام)غير متوجه الى فرض القدره من العدد فإنه ليس مفروض السائل فإنه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل،بل كان يبيعه بالعدّ و لذا سأل عن صورته عدم القدره و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز،بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل و الوزن و العدّ ليس لها موضوعيه بحيث لو أخبر المعصوم به أو قامت البيئه على التعيين أو علما بالحدس القوى لكان باطلا و على هذا فتمسك بالعمومات فى غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود و اما كفايه كل منهما عن الآخر استقلالاً فذكر المصنف أنه لا يجوز فى الكيل بان يبيع المعدود بالكيل و يكفى ذلك عن العدّ و اما الوزن فالظاهر كفايته و لم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم فى السلم انه لا يكفى العدّ فى المعدودات.

الظاهر انه لا وجه فى ذلك الفرق فإنك قد عرفت أن الظاهر من موثقه سماعه اعتبار كل ما يعتبر مالىته بالوزن أو الكيل و هكذا العدّ لا يجوز بيعه بغيره فإنه من قبيل البيع مجازفه إذ لا يعلم أن مقدار مالىته التى اعتبر عليها البيع أى شىء،بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالماليه فإن المستفاد من الروايات الداله على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و العدّ فى المعدود هو ذلك،و انما قلنا بكفايه كل منهما عن الآخر فى صورته الطريقيه لكونه موجبا لتعين المالىه،و بالجمله و انا قلنا أنه ليس لشىء منهما موضوعيه بل كل منهما طريق الى الواقع و لكن المناط كون المالىه معلومه و الآ فلا يجوز و لذا لا يجوز كفايه كل منهما عن الآخر استقلالاً كما

هو واضح، و على هذا فلا وجه لتجوز بيع المعدود بالوزن استقلالا، و الحاصل ان كان هنا طريقه فالمناط جواز بيع المعدود بكل ما يكون طريقا اليه فلا وجه للاختصاص بالوزن و الا فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم.

قوله: بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ مكيلا أو موزونا.

أقول: ذكر المشهور أن المدار فى كون الشئ مكيلا- أو موزونا ما هو المتعارف فى زمان الشارع، فان ما كان مكيلا فى زمانه فمكيل الى يوم القيامة و ما كان موزونا فى زمانه فموزون الى يوم القيامة و كذلك المعدود.

و أما الأشياء التى لم تكن فى زمانه من قبيل المكيل و الموزون، أو المعدود فللمدار فيها ما هو المتعارف فى العرف العام، و الا فما هو المتعارف فى كل بلد، و ذكروا ذلك أيضا فى بيان الجنس الربوى.

و لكن القول بهذا رأى و حمل الأخبار الواردة فى المسألة عليه يستلزم الالتزام بأمر مستحيل فإنه إذا كان المدار فى كون الشئ مكيلا أو موزونا أو معدودا هو زمان الشارع و زمان الأئمة (عليه السلام) كانت القضية خارجيه، و عليه فما يتعارف كيله أو وزنه فى ذلك الزمان لا يدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامة.

و إذا كان المدار فيها متعارف كل زمان، بل كل بلد من غير توجه الى ما هو المتعارف فى زمان الشارع كانت القضية حقيقه و عليه فما هو مكيل فى زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا فى زمان آخر و بالعكس، بل قد يكون معدودا و على هذا فعرف كل زمان هو الميزان فى تعيين المكيل و الموزون و المعدود.

و الجمع بين الأمرين فى إنشاء واحد مستحيل فإن النظر فى القضية

الخارجيه إلى دخل الخصوصيات الخارجيه فى الإنشاء و عدم كونه على نحو الإطلاق و لا بشرط و النظر فى القضيه الحقيقيه إلى فرض الموضوع مفروض الوجود و جعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجيه دخيله فى الجعل و الإنشاء، فحمل الروايات على ما ذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى.

بل، الظاهر منها هو الثانى و أنها كسائر القضايا لسبت الا حقيقيه و تخصيصها بالقضيه الخارجيه يحتاج إلى عنايه زائده فظهور الروايات يدفعها و عليه فالميزان فى المكيل و الموزون و المعدود هو العرف فى كل زمان إلا إذا قام إجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا فى جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا فى الدراهم و الدينانير مطلقا و ان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعامله ربويّه مع أن الدراهم من المعدودات فى زماننا بل فى كل زمان كما دلّت عليه روايه ابن عبد الرحمن المتقدمه (١).

و بالجمله أن الظاهر من قوله (٢) (عليه السلام) ما كان من طعام ستمت فيه كيلا فلا يصلح مجازفه و كذا غيره من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون هو كون القضيه حقيقيه بحيث يكون الميزان كون الشىء مكيلا أو موزونا فى أى زمان كان.

و الحاصل من أول المسأله المشهور بين الفقهاء أن العبره فى التقدير بزمان النبى (صلى الله عليه و آله) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما الى

ص: ٣٤٢

١- ١) وسائل: ج ١٢، صفحه ٤٧٣، حد ٧.

٢- ٢) وسائل: ج ١٢، صفحه ٢٥٤، حد.

يوم القيامة و ما لم يتعارف وزنه أو كيله فى زمانه (صلى الله عليه و آله) فالعبره فيه بما اتفق عليه البلاد و ان لم يتفق عليه البلاد فالعبره فيه بما تعارف فى كل بلده بالنسبه إلى نفسها.

و قد ذكرنا أن هذا الذى ذكرنا ذكره المشهور مشكل، بل مستحيل فان الالتزام بأن ما تعارف فى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) كونه مكىلا أو موزونا كك إلى الأبد سواء خرج عن كونهما مكىلا أو موزونا أم لا، يقتضى كون القضييه خارجيه ثم الالتزام فيما لم يتعارف وزنه أو كيله فى ذلك الزمان بكون الميزان فيه العرف العام أو العرف الخاص يقتضى كون القضييه حقيقه فهما لا- يجتمعان فى إنشاء واحد فان النظر فى القضييه الخارجيه الى الأفراد الخارجيه فقط، و ثبوت الحكم لها إلى الأبد أى ما دام موجودا و فى القضييه الحقيقه إلى وجود الموضوع مطلقا و كونه مفروض الوجود بحيث أنه فى أى زمان تحقق صدق عليه حكمه و فى أى زمان خرج عن كونه مكىلا- أو موزونا يرتفع عنه الحكم سواء كان مكىلا فى زمان الشارع أم لم يكن كما إذا ثبت وجوب الإكرام على العلماء فإنه يدور مدار صدق موضوع فى أى زمان وجودا و عدما فلو كان شخص عالما ثم نسى علمه يرتفع عنه وجوب الإكرام.

و على هذا فلا- مناص عن حمل الروايات الواردة فى المسأله أما على القضييه الحقيقه أو على القضييه الخارجيه، و لكن الظاهر منها كون القضييه الحقيقه إذ لا- خصوصيه للأشياء التى كانت مكىلا- أو موزونا فى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) أو زمان الأئمه (عليه السلام) و انما النظر فيها الى بيان حكم كلما يتعارف فيه الكيل و الوزن و يدلّ على ذلك قوله (عليه السلام) و ما من طعام سمّيت فيه كىلا- أو وزنا لا- يجوز بيعه مجازفه، و عليه ما تعارف كيله أو وزنه فى زمان الشارع ان بقى على حاله فلحقه حكمه و الّا فالمتبع فيه حكم ما صدق عليه العنوان فى كل زمان

بل فى كل بلد فلو كان الشىء مكىلا أو موزونا فى بلد و معدودا فى بلد آخر فلققه فى كل بلد حكمه على النحو المتعارف، نعم لو كان هنا نص أو إجماع تعبدى مصطلح لىكون كاشفا عن رأى المعصوم على مقاله المشهور فىلترم به كما ورد النص بكون الدراهم و الدنانير ربوياً مطلقاً و لكن الأمر لىس ككك أما النص فمعدوم و أما الإجماع فغير متحقق فإن أغلب القائلين بذلك، بل كلهم عللوا كلامهم بانصراف الأدله و الروايات المتقدمه إلى زمان من صدر منه الحكم و لا یشمل غير زمانه فكشف الإجماع التعبدى من مثل هذه الكلمات من الأمور الصعبه.

فتحصل ان الميزان فى كون الشىء مكىلا أو موزونا هو ما صدق عليه المكىل و الموزون فى أى زمان كان فإنه ح لحقه حكمه.

و من هنا ظهر أنه لو عاملاً- فى بلد و كان المبيع فى بلد آخر فالعبره ببدل فيه وجود المبيع كما ذكره المصنف لصدق عنوان المكىل أو الموزون أو المعدود عليه فلققه حكمه.

و لو تعاقدنا فى الصحراء رجعا الى حكم بلدهما، و لو تعاملنا- فى البر بين البلدين و اختلف عرفهما فى كون ذلك الشىء من المكىل أو الموزون و شك فى لحقوه بهما فىرجع الى عمومات صحه العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما كان مكىلا أو موزونا أو معدودا لا يجوز بيعه مجازفه و هذا المتاع الموجود فى الصحراء لىس بمكىل قطعاً لعدم لحقه بإحدى البلدين كما يكفى فى عدم المكىله عدم اللحق و على هذا فىتمسك بالعمومات فىحكم بصحه المعامله عليه مجازفه فلا يكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لعدم كون الشك فى كونه مكىلا أو موزونا و انما الشك فى اعتبار الشارع الكىل هنا و الآ فهو لىس بمكىل قطعاً كما عرفت.

قوله: مسأله: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه.

أقول

تحقيق المسأله في ضمن جهات

الاولى، أنه لا شبهه في جواز

الاعتماد على اخبار البائع في مقدار المبيع كيلا أو وزنا،

بل في بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه و قد وردت عليه أخبار عديده كما عرفت، و لا ينافية ما تقدم في صحيحه (١) الحلبي (في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكييل معلوم و أن صاحبه قال للمشترى اتبع منع هذا العدل الآخر بغير كييل فان فيه مثل الآخر الذي اتبعت، قال لا يصلح الا بكييل، قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفه) لأن اخبار البائع في الروايه كان مستندا الى الحدس دون الحسّ بالكييل و الاخبار عنه و قد حملها المصنف على وجه آخر و قد عرفت عدم صحته، و الحاصل أن أصل الحكم مما لا ريب فيه.

الجهه الثانيه أن الظاهر من الروايات الداله على جواز تصديق

البائع في أخباره بالكييل أو الوزن هو كون الاخبار طريقا الى الواقع

بحيث يحصل الاطمئنان أو الظن المعبر بكونه مكيلا أو موزونا و يدل على ذلك روايه (٢) أبي العطار و فيها قلت فأخرج الكر و الكرين، فيقول الرجل أعطيته بكييلك فقال إذا ائتمنك فلا بأس.

و مرسله (٣) ابن بكير في رجل سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري

ص: ٣٤٥

١-١) و مسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤.

٢-٢) و مسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧، حد ٦.

٣-٣) و مسائل: ج ١٢، ص ٢٥٦، حد ٣.

الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل فقال(عليه السلام):اما أن يأخذ كله بتصديقه و اما أن يكيه كله.

و الروايتان و ان كانتا ضعيفتين من حيث السند و لكن لا بأس بهما فى مقام التأيد،على أنه لو لم يكن اخبار البائع هنا من باب الطريقيه فلا بد و أن يكون مأخوذاً اما من باب الموضوعيه أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطاً فى البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشتري مختار فى الفسخ و الإمضاء أما الأول فهو بعيد جداً فان لازمه صحه البيع بمجرد الاخبار بقدر الثمن و ان كان المنخر ممن لا وثوق فى اخباره أصلاً بحيث لا يرفع اخبار الجهاله عن المبيع و لا يخرج البيع عن الجزافيه مع أنه لا يمكن الالتزام به.

و أما الثانى فلأنه لو كان الاشتراط رافعاً للجهاله و مصححاً للبيع و موجباً لخروجه عن الجزافيه لكان صحيحاً بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشتري مختاراً فى الفسخ و الإمضاء و أيضاً لا يمكن الالتزام به فإن إطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط و عدمه كما لا يخفى و إذا فلا بد من أخذ الاخبار طريقاً الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعاً للجهاله و الغرر و الأ- فيبطل لكونه بيع جزافى و قد تقدم أن ما كان مكيلاً أو موزوناً فلا يصح بيعه جزافاً.

الجهه الثالثه: ما تبين الخلاف فى المبيع اما بالنقيصه أو بالزباده

فهل يحكم بالبطلان كما احتمله فى جامع المقاصد فيما باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً ثم رده أو يكون البيع صحيحاً و يثبت الخيار للمشروط له ففى المقام جهات من البحث:

الجهه الاولى: فى صحه المعامله و بطلانها

و قد اختار المصنف

الصحة مع الخيار، وتوضيح ذلك أنا قد ذكرنا مرارا عديده أن الهيولا- سواء كانت أوليه أو ثانويه فى مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثه و ما فوقها نظير المقولات الثانويه المقابله للمقولات الأولويه ليست لها قيمه أصلا و انما هى بالنسبه الى جميع الأشياء حتى التراب متساويه الإقدام، بل القيمه للأشياء بحسب أوصافها الموجبه للماليه و ان كان نفس الأوصاف لا- تقابل بالمال، و انما هى واسطه لثبوت الماليه على المواد و الهيولى و على هذا فإذا تخلفت الأوصاف فى المبيع فان كانت من الأوصاف المقومه المعدوده فى نظر العرف من الصور النوعيه سواء كانت بالدقه أيضا من الصور النوعيه أم لا، فيكون البيع باطلا فان ما هو الموجود فى الخارج لم يبيع و ما هو مبيع غير موجود فى الخارج كما إذا باع إنسانا فبان فرس أو باع عبدا فبان أنه أنثى فإن ما هو عنوان للمبيع و مقوم له فى نظر العقل فى المثال الأول و فى نظر العرف فى المثال الثانى قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا و هكذا فى جميع موارد تخلف العنوان عن المعنون و لو فى نظر العرف فإنهم يرون العبد مع الأمه جنسا مختلفا و ان كان فى الحقيقه جنسا واحدا، فإن الرجوله و الأنوثة من العوارض و العناوين الغير المقومه فى نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومه فى نظر العرف.

و أما إذا كانت الأوصاف من العناوين الغير المقومه فى نظر العرف، كوصف الكتابه و الخياطه و النجاره فى العبد فلا يكون تخلفها موجبا لبطلان البيع و من قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و فى المقام أن المبيع و ان كان خمسه أمنان من الحنطه فظهر أنه ثلاثه أمنان و لكن عنوان الخمسه ليس من العناوين المقومه بحيث يفوت المبيع بالكليه بانقضائه، بل المبيع الذى وقع عليه البيع موجودا و انما انتفى عنه

وصف انضمامه بالمقدار الزائد، فيكون البيع في الحقيقة منحلاً إلى بيوع متعددة فإن معنى بعثك هذه الحنطه التي عشره أمان بعشره دراهم أن كل من منها بدرهم غاية الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه إلى البيع الآخر فإذا ظهرت الحنطه خمسه فيكون البيع بالنسبه إلى الخمسه باطله لما تقدم، و بالنسبه إلى الخمسه الموجوده صحيحه مع خيار تخلف الوصف و الشرط أى عنوان الانضمام.

و بالجمله أن احتمال البطلان هنا فاسد و قياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق.

الجهه الثانيه: فى أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو

خيار تخلف الوصف

اعنى ما ذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن العيب مثلاً.

عبر العلامه فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة، و للمشتري مع النقيصه بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعاً لبعض الآخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللاً بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد.

و أشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامه فى هذه المسأله من التذكره بأنه لو ظهر النقصان رجح المشتري بالنقص و فى باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصه معينه من الثمن.

و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهه كون النقص أو الزيادة غبناً لهما اصطلاحاً فإنه عباره عن التفاوت فى القيمه السوقيه، بل من جهه إرادته النقص و التضرر و ان الخيار ثابت لمن نقص من ماله ماله و حصل

له الضرر فى هذا البيع لأجل الزيادة أو النقصه.

و بعبارته أخرى أن غرض العلامه من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البائع فى صورته الزيادة و المشتري فى صورته النقصه و المجوّز لهذا الإطلاق هو الاعتبار بنقص ماله فى المعامله و حصول الضرر لهما و إلا فالخيار من جهه تخلف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمنى.

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف فى العقد ففيه أن هذا فى الأوصاف الخارجيه التى لا يشترط اعتبارها فى صحه البيع ككتابه العبد و خياطته و أما الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج الى الذكر و كذا الشروط الضمنيه كعدم تبعض الصفقه و عدم فوات الانضمام و عدم حصول الشركه فيه الى غير ذلك من الشروط الضمنيه التى اعتبرت فى المعامله بحسب بناء العقلاء و ان لم تكن مذكوره فى ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامه بثبوت الخيار للمغبون لا- يكون دليلا- على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحى أعنى تفاوت قيمه السوقيه.

الجهه الثالثه: هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصله من تخلف

الوصف و الشرط

بحيث يكون من له الخيار مختارا بين الفسخ و أخذ الثمن أو المثل و الإمضاء بدون أن يستحق باسترداد شىء من الثمن أو المثل أو أنه على غير النسق المذكور و انما يستحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثل و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابته

ص: ٣٤٩

لتخلف الشرط أو الوصف فلا- يوجب استحقاق شيء من الثمن أو المثلن غايه الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع فى الجزء الزائد فى صوره الزيادة و فى الجزء الناقص فى صوره النقيصه مثلا لو باع الحنطه على أنها خمسين حقه بخمسين درهما فىنحل البيع هنا الى بيوع متعدده أى منها مشروط بالبقية فلو ظهرت الحنطه ثلاثين حقه فىكون هنا أمران أحدهما بطلان البيع فى الناقص لعدم وجود المبيع أصلا، و الثانى ثبوت الخيار للمشتري فى الباقي لتخلف الشرط الضمنى و هو انضمام كل بيع بالبقية و قد انتفى هذا الشرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فىكون الخيار كسائر الخيارات فى تخلف الشرط و تبعض الصفقه و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقية خيار تخلف الشرط فإن ذى الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح.

و بالجمله فكما للمشتري خيار تبعض الصفه فى سائر الموارد و كك هنا و مرجعه الى خيار تخلف الشرط و الوصف.

الجهه الرابعه: هل يثبت الخيار للبائع فى صوره زياده المبيع عن

المقدار الذى أخبر به البائع

كما أنه ثابت للمشتري فى صوره النقيصه أم لا- قد عرفت من العلامه فى القواعد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخير المغبون و لكن الظاهر أنه لا- خيار للبائع، بل هو للمشتري فى كلا الصورتين أى صورتى الزيادة و النقيصه أما فى صوره النقيصه فقد عرفت ثبوته للمشتري من جهه تخلف الشرط، و أما فى صوره الزيادة فربما يتوهم ثبوت الخيار للبائع من جهه أنه صار شريكا مع المشتري فى المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشتري بنحو الإشاعه إلا أن كل شركة لا تقتضى ثبوت الخيار

و ان كان عيبا و ذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدي الضمني، نعم لو باع عبدا مريضا مثلا فبان أنه صحيح فله الخيار و هكذا كل شيء دخل تحت الالتزام العقدي و لو ضمنا.

و أما ثبوت الخيار للمشتري فواضح لكون الشركه عيبا في المتاع الذي اشتراه فيكون مختارا في الفسخ و الإمضاء و ان شئت فارجه الى الخيار تخلف الشرط فان الشرط الضمني موجود في عدم تعلق حق الغير بالمبيع و كون المشتري مستقلا في التصرف فيه و من الواضح أن حق القسمه للشريك البائع يمنع عن استقلال المشتري في التصرف في المبيع كما هو واضح لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه أن بيع المكيل و الموزون لا يجوز بدون الكيل و الوزن للروايات الداله على اعتبارهما فيهما و كك المعدودات للروايه الداله على تقرير الامام (عليه السلام) فهم السائل اعتبارهما فيهما حيث أجب عن سؤاله عن صحه بيع المعدود بالكيل كما لا يخفى على ما تقدم، و أما اعتبار الزرع في المزروع فقد عرفت صحته أيضا و عدم جواز بيعه بدون له لما استفدناه من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون من عدم الخصوصيه لهما بل هما طريقان الى تعيين ماليه الشيء و مقداره و من الواضح أن الزرع أيضا يعين مقدار ماليه المزروع كما هو واضح جدا.

و أما ما لا يعتبر فيه الوزن و الكيل و الزرع كاللبسه و الأراضي و الدور و نحوها من مختلفه الأجزاء، فالظاهر كفايه المشاهده فيه كما ذكره المحقق في الشرائع و العلامه في التذكرة فتوجب المشاهده رفع الجهاله و الغرر في المبيع بناء على اعتبار العلم بمقدار العوضين كما تقدم و إلا فلا وجه لاعتبارها أيضا في بيع مختلفه الأجزاء كما عرفت.

و الوجه في ذلك أن المناط في اعتبار العلم بالعوضين هو تعيين

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر و المجازفه و من الواضح أن المشاهده أيضا طريق الى تعيين مالیه الشىء فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمه.

و عليه فلا- يثبت الخيار للمشتري إذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عادة و أما إذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر و المجازفه و حينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين فى صحه البيع و عدم الغرر فيها فيكون باطلا و الآ فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري و من هنا أشكل المصنف على العلامه من حيث عدّه بيع قطع من الغنم من ذلك فان التفاوت فى ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه و كذلك إذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الأغنام بالمشاهده لا بأس به لعدم الغرر فيه.

الكلام فى بيع صاع من الصبره

اشاره

قوله:مسأله:بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبهه ذلك يتصور على وجوه.

أقول:

قد قسم المصنف بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء الى أقسام

اشاره

فلا يعلم أن نسبه المبيع إلى الجملة أى شىء.

الأول:أن يكون المبيع كسرا مشاعا

و لعله بين معنى كسر المشاع بحيث يبيع منّا من الحنطه فلا يعلم أن نسبه المنّ إلى الحنطه أى شىء أ هى بالنصف أو بالثلث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطه فى موضع واحد أو فى مواضع عديده فلا يشترط فى ذلك العلم بأن الصبره أى مقدار من الصاع و هذا لا شبهه فى صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعامله أما الغرر فمنفى

ص: ٣٥٢

لعدم الجهل بالمبيع غايه الأمر أن نسبه المبيع الى المجموع مجهوله و كك لا إبهام فيه أيضا كما عرفت و أيضا لا مجال لان يقال أن صفه الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به و هو منفي هنا لما عرفت وجوده في الخارج، غايه الأمر لا يعلم نسبه الى المجموع و من هذا قبيل بيع عبد من عبيد أو دار من دارين، بل بيع نصف العبد و نصف الأمه من عبد و أمه فان في ذلك كله المبيع أمر معين، بل نسبه الى المجموع أيضا معين فأى وجه للبطلان.

و قد أشكل العلامه على صحه البيع عبد من عبيد و لم يبين جهه الاشكال و ذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحه إطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد و نصف العبد الآخر، و لا يكون فارقا في المقام فان غايته يوجب سقوط اللفظ عن الدلاله في مقام الإثبات على المراد الواقعي، فكلامنا ليس في مقام الإثبات، بل في مقام الثبوت و إمكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطه القرائن يفهم المراد أو يصرح على كون البيع بنحو الإشاعه و توهم ان لفظ الغلط يضرّ بالإشاعه فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى إنه يضرّ إذا كان نفس الإنشاء بالألفاظ المغلوطة و أما إذا كان الغلط في ألفاظ المتعلق بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضرّ بالإشاعه و مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق في صحه البيع هنا بين كون المبيع متساويه الاجزاء أو مختلفه الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد و نصف من الأمه و نصف من هذا الدار و نصف من الدار الأخرى مع انها ليست متساويه الاجزاء، بل و كذلك بين نصف من الدار فإنها ليست متساويه فان في ذلك كله لا جهاله في المبيع و لا شيء آخر مما يوجب البطلان

القسم الثاني: أن يكون المبيع كلياً في الخارج مقابل الكلي في الذمه

و هذا هو القسم الثالث فى كلام المصنف و انما قدمناه لتوقف معرفه القسم الثانى على القسم الأول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تاره يضاف إلى الذمه بأن يبيع منّا من الحنطه فى الذمه بحيث يعتبر العقلاء بمجرد إضافه الكلى إلى الذمه ماله له و ان لم يكن مالا قبل ذلك و هذا يسمّى كليًا فى الذمه.

و أخرى يكون المبيع كليًا فى الخارج بأن يبيع صاعا من الصبر الموجوده فى الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كليًا فى المعين الخارجى، و من هذا قبيل أيضا بيع عشره امثار من المزروع المقدر بماءه متر فان المبيع كلى الخارجى و الفرق بين القسم الأول الذى يسمّى بكسر المشاع و هذا القسم الذى يسمّى بالكلى فى الخارج أن المبيع فى القسم الأول موجود فى الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطه للبائع تلف المبيع أيضا و هذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلى مضيق ينطبق على الأمان الخارجيه فإذا تلفت الصبره لم يتلف المبيع و لم يبق منها إلا بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقا عليه و إذا تلفت الصبره اجمع فيكون للمشتري حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا القسم أيضا لا شبهه فى صحته لعدم تمشى بشىء من الوجوه المذكوره للبطلان هنا، فان المبيع كلى معين غايته مضيق بما فى الخارج من غير أن يكون فيه إبهام و جهاله أصلا فلو كان بيع كلى هنا باطلا كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلى فى الخارج و بالجمله لا شبهه فى صحه بيع صاع من صبره بنحو بيع الكلى فى الخارج كما لا يخفى.

القسم الثالث: ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجيه و

مبهما من جميع الجهات

و الفرق بين هذا القسم و القسم الأول هو أن المبيع فى القسم الأول موجود معين شخصى من غير جهاله فيه و انما الجهاله

كانت فى نسبتة الى المجموع و أما فى هذا القسم ليس فيه تعين أصلا فضلا عن كونه فى الخارج و أما القسم الثانى فالمبيع فيه أمر كلى بغير تشخص فيه أصلا و هذا بخلاف القسم الثالث فان المبيع ليس كليا كالقسم الثانى و لا أمرا موجودا فى الخارج و متشخصا بالخصوصيات بل هو فرد مردد مبهم و يسمى ذلك بالفرد المنتشر، و قد استدل على بطلان البيع هنا تارة بالجهالة و أخرى بأن الإبهام فى المبيع مبطل و ثالثه بأنه موجب للغرر فيكون موجبا للبطلان و رابعا بأن الملك صفه وجوديه محتاج الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجوده فى الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعى من أمرين معينين و ذهب المشهور الى بطلان هذا القسم من البيع، بل ادعى الإجماع على ذلك و خالف المحقق الأردبيلى فى ذلك و تبعه المصنف و بعض آخر.

أقول: يقع الكلام فى تصوير هذا أولا- بأنه هل يمكن وجود فرد مبهم فى العالم أم لا، فنقول تارة يراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غير المتشخص بخصوصيه خاصه فهذا لا شبهه فى بطلان بيعه إذ لا وجود له أصلا حتى فى علم الله و لم يخلق فرد يكون موصوفا بهذا الوصف فإنّ كلما هو موجود فى الخارج فمتشخص بشخصيّه خاصه و بجهات مميزه بل التشخص عين الوجود على قول فكيف يعقل أن يكون هنا فردا و لا- يكون متشخصا لخصوصيه فإن أراد من الفرد المنتشر هذا المعنى المردد و قال الأردبيلى و المصنف بصره بيع هذا الفرد فهو بديهى البطلان لما عرفت من عدم وجود مثل ذلك أصلا.

و ان أرادوا من ذلك الفرد المنكر أى فردا موجودا بين الأفراد الخارجيه متشخصا بخصوصيه و متميزا فى الخارج بتميز خاص بحيث كان عند

اللّه معينا حتى لو كان هنا معصوم لا- خبر بالمبيع و لكن مجهول عند البائع و المشتري كما إذا قال بعتك عبدا من عبدين أو صاعا من صياح هذه الصبره أو شاه من هذه الشياه فان المبيع و ان كان مجهولا عند المتعاملين و لكن ليس مثل الأول غير موجود فى العالم و غير مخلوق لله بل له وجود حقيقه فى علم الله بحيث لو كان عينا كان فردا من هذه الافراد كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتى أولا فإن أيا منهم يأتى أولا فهو مبيع و معلوم عند الله واقعا فإن أرادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهه فى صحته، إذ ليس شىء من الوجوه المذكوره جاريه هنا إلا الوجه الأول فهو الجهاله أما الإبهام فالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع و قلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين و أما الغرر فليست المعامله بغيريه أصلا، فإن من المفروض الصبره متساويه الاجزاء و متساويه النسبه و أما كون الملك صفه محتاجه إلى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكيه الذى أمر اعتبارى بذلك المحل.

و بعبارة أخرى أنه لا شبهه فى توقف البيع على وجود محل يقوم به فإن الملكيه و ان لم تكن امرا خارجيا و صفه وجوديه بل من الاعتبار يأت الآ- أن هذا الأمر الاعتبارى لا بد له من محل يقوم به ليتمكن تبديل المال فى طرف الإضافه فما لا مال فلا اضافه ليتمكن التبديل فيها، نعم فالجهاله موجوده هنا فان تم إجماع و نحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهاله و كونها موجب للبطالان فيها و الآ فيحكم بالصحه للعمومات كما هو واضح، و أوضح بالصحه لو كان له عبدان فمات أحدهما و بقى الآخر و لم يعرف أنه المبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقي من عبدين فان مثل هذه الجهاله لا تضر بالصحه و لا دليل على كونها مبطله و توهم شمول الإجماع عليه فاسد، فإنه

دليل لبي لا يشمل لغير الجهاله فى المقدار.

و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسأله هو أن بيع شىء يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون كسر مشاع

بمعنى أن يكون المبيع حصّه من الحنطه الموجوده فى الخارج و متشخصا بخصوصيه و يكون المشتري شريكا له بنسبه خاصه من النصف أو الثلث أو غيرهما و انما يشير البائع بقوله بعتك مّنّا من الحنطه إلى الشركه بهذا النحو كما لا يخفى، و هذا لا شبهه فى صحته و لا فرق فى ذلك بين متساويه الأجزاء أو لم يكن و لا بين صحه إطلاق اللفظ على النصف و نحوه و عدمه فيصح بيع عبد من عبيد على نحو الإشاعه و ان لم يصح إطلاق العبد على النصف و ذلك لما عرفت فى ألفاظ العقود على اعتبار الحقيقه و الألفاظ الصحيحه فى ألفاظ العقود، و انما هو منحصر بالألفاظ التى يقع به إنشاء العقد و أما متعلقات العقود فلا يعتبر فيها الحقيقه، بل لا يعتبر فيها الألفاظ الصحيحه فضلا عن المجاز كما هو واضح.

و بالجمله فيصح كسر المشاع بأى لفظ كان صحيح بلا اشكال و ليس فيه ما يوجب البطلان من الوجوه المتقدمه كالجهاله و الإبهام و الغرر و عدم وجود المحل ليقوم به الملك.

الثانى: بيع الكلى فى المعين الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى

الذمه

و قد تقدم تفصيله و إجماله أن يبيع كليا معينا مثل المنّ و نحوه من هذه الصبره الخارجيه من غير أن يكون المشتري شريكا له فى الصبره و انما يكون حقه قابلا لانطباق بكل منها انطباق الكلى على الفرد حتى لو تلفت الصبره و لم يبق منها إلا بقدر المبيع فيكون حقه منطبقا عليه بخلافه فى الأول فإن التالف من البائع و المشتري بنسبه حصتهما الى مجموع الصبره.

و يدلّ على صحه هذا البيع مضافا الى المطلقات و العمومات قيام

ص: ٣٥٧

السيره القطعيه على صحته فان رسم الأصناف من قديم الأيام و حديثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلى فى المعين و كذلك المشترين يشترىون هكذا مثلا فيجىء أحد إلى البزاز فيقول له بعنى عشره طاقات من الثوب الفلانى و يقول البائع بعتك عشره طاقات، فإنه يكون هذا على نحو الكلى فى المعين و يدل على صحه هذا البيع مضافا الى الأمرين المذكورين صحيحه (١) الأطنان (و لورود الروايه فى أطنان القصب قد سمها الشيخ صحيحه الأطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود فى الخارج حيث احترق و لم يبق إلا بقدر المبيع فقال عليه السلام العشره آلاف طن التى بقت هى للمشترى فلا- يتم ذلك الا- بكون المبيع كليًا لا- بنحو الإشاعه و توهم أنه على نحو الإشاعه و لكن حيث كان التلف قبل القبض فلذا لم يكن التالف من المشترى فان التلف قبل القبض من مال البائع توهم فاسد فإن جهه الاستدلال ليس هو ذلك بل كون الباقي مجموعا للمشترى، فإنه لو كان على نحو الإشاعه لكان البائع أيضا شريكاً له فى الباقي و لا يفرق فى ذلك قبل القبض و بعده على أن الروايه غير متعرضه بجهه القبض سؤالاً و جواباً.

الثالث: أن يكون المبيع فرداً مبهما مردداً بين الافراد الخارجيه

نظير الفرد المنتشر من أن يكون متشخصاً بخصوصيه خارجيه كما فى القسم الأول و لا أمراً كلياً كما فى القسم الثانى فقد ذهب المشهور الى بطلانه و الأردبيلى و بعض من تأخر عنه الى الجواز و اختاره المصنف و استدلوا على البطلان بوجوه أربعة و قد أجاب عنه المصنف كما تقدم، و لكن الكلام فى تصوير

ص: ٣٥٨

ذلك فنقول فإن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذى لا يتشخص بخصوصيه خارجيه فهذا لا وجود له حتى فى علم الله تعالى، و لم يخلق بل و لا يخلق أصلا، بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا، فإن الشئ ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد، بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشئ موجودا فى الخارج و يكون مبهما من جميع الجهات، و غير متشخص بخصوصيه خاصه فلا يمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا و فردا منتشرا بين الأفراد الخارجيه و عليه فلا يعقل القول بإمكانه فضلا عن صحه بيعه أو الاستدلال على بطلانه بأمور متقدمه فإن ذلك من أقسام ممتنع الوجود فى الخارج و أن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلا شبهه فى جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا- و متشخص بخصوصيه و متميز عن سائر الموجودات فى الخارج الا- أنه غير معلوم للمتبايعين و الا- فإن الله تعالى يعلم أن المبيع أى فرد من الافراد الخارجيه و أى منها يختاره المشتري عند القبض و الإقباض و لو كان هنا معصوم لأخبر به كما إذا قال بعثك عبدا من عبيدى الذى يجنى قبل كلهم أو شاه من الشياه أو صاعا من صياع هذه الصبره الموجوده الذى نختاره عند الوزن أولا فان فى ذلك كله ان الله تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الأول، بحيث أن لا يكون له وجود أصلا حتى فى علم الله تعالى و يستحيل خلقه إلى الأبد و يكون داخلا- فى ممتنع الوجود و ان أرادوا هذا فلا- شبهه فى صحته، و لا- يرد عليه شئ من الوجوه الأربعة إلا الجهاله فإن تم إجماع على كونها مبطله فيها و الا فيتمسك بالعمومات الداله على صحه البيع و يحكم بصحته أيضا و على هذا فما ذهب إليه الأردبيلي و من تبعه بعده متين جدا.

الكلى،

أما الأول فذهب جمع الى ان الإشاعه أن يملك شخصين متاعا بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كليًا منطبقا على العين الخارجيه فمعنى الشركه على نحو الإشاعه و ملك كل منهما كليًا قابل الانطباق على الموجود الخارجى.

و ذهب بعضهم أن معنى الإشاعه أن يملك كل واحد من الشريكين أمرا شخصيًا خارجيا من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينًا فى الواقع و مجهولًا فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار و لكن لا يتميز حقيقه كل منهم عن الآخر فى الظاهر و ان كان معلوما فى الواقع.

ثم انه ذهب أكثر المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام إلى وجود الجزء الذى لا- يتجزى و أن الجسم مركب من تلك الاجزاء و أن المواد الأصلية للأشياء هى تلك الأجزاء و ذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب و على فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا- يتجزى و لا- يقبل الانقسام من أيد البديهيّات، و قد برهنوا عليه فى محله ببراہين متعدده منها أن كل ما هو متجز و شاغل للمكان و قابل للإشاره الحسيه الملازم للوجود و التشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته و هكذا و أن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الآخر و هكذا و أن وصل ذلك الشئ فى الصغير الى حد لا يكون شئ أصغر منه بحيث لا مرتبه بعد الأ لعدم فعليّه فلا مناص من قبوله القسمه و انما عدم الانقسام فى الخارج بواسطه عدم الآيه القطاعه و عليه يترتب بطلان مذهب النظام القائل بتركب الأشياء من أجزاء غير

متناهيه لا تتجزى على أنه يلزم امتناع قطع مسافه معينه فى مده متناهيه إلا بالطفره فإن المسافه الواقعه بين المبدء و المنتهى مركب من أجزاء لا تتناهى فلا يعقل قطعهما فى زمان متناه إلا بالطفره الى غير ذلك من البراهين.

و بالجمله فلا شبهه فى بطلان القول بالجزء الذى لا يتجزى و كون الأجسام مركبا منها.

و لكن تصوير الإشاعه فى الشركه غير متوقفه على ذلك فإنه قلنا بوجود الجزء الذى لا يتجزى أو بعدمه فالشركه موجوده فى الخارج قطعاً و انتهى الى الأجزاء الغير المتناهيه بناء على عدم انقسام الجوهر الفرد إذا عرفت ذلك فنقول أما تصوير الإشاعه على الوجه الأول أى مالكيه كل منهما على المال بنحو الكلى فى المعين فلا شبهه فى بطلانه فان لازم ذلك أن لا يكون الخصوصيات الموجوده فى العين الخارجى مملوكه للشركاء كخصوصيه الدار و الأرض و الحيوانات و غيرها من الأملاك الشخصيه و من البديهي انها من أملاكهم فلا يصح ذلك مع القول بكون مالكيتهم على نحو الكلى فى المعين فإنه لا يعقل أن يكون الكلى حاويا للخصوصيات و أيضا من جمله أسباب الشركه المزج فلو كان ملك كل من الشريكين على نحو الكلى فيلزم عدم ملك كل من مالكي الطعام الشخصى مع أن ملكهم كان شخصيا فهذا خلف و يلزم أيضا أن تخرج الخصوصيه من كلهم بلا سبب و أيضا لو باع أحد نصف داره من الأخر على نحو الإشاعه فلازم القول المذكور أنه لو تلفت العين و لم يبق منها إلا بمقدار حق المشتري فيكون ذلك متمحضا له و ان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الحصه الأخرى لنفسه فلازمه إلغاء ذلك بلا موجب فشىء من ذلك لا يمكن الالتزام به و أما كون كل من الشركاء مالكا

لشخص خاص معين فى الواقع و غير معين فى الظاهر بحيث أى جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا و نصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فإنه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح و مجوز فيما إذا اشترى متاعا على الشركه أو انتقل متاع الى الوارث من المورث و هكذا فان فى هذه الموارد كلها أى سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبه المال كان إليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الأخر تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح.

على أنه لو كانت الشركه بمعنى ملك كل من الشريكين حصه خاصه شخصيه الى أى مرتبه انتهت لزم فى بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما إذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين و إذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن المالىة للقله كحبه من الحمص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم و اجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهى البطلان، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسره الشركاء كما إذا اشترك شخاط بين مائه فان كل جزء من المائه ليس بملك أيضا فإنه لا- يعتبر العقلاء الملكيه على ذلك كما لا يخفى و أما الإبهام فمضافا إلى أنه لم يحتمله أحد أنه غير معقول.

و محصيل الكلام من الأول أنه لا- يعقل تصوير الإشاعه على نحو الكلى فى المعين فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصيه فى الأعيان الشخصيه المملوكه للشركاء مملوكه لهم كالدار و الحدائق و البساطين المشتركه بين الشركاء مع أنها مملوكه لهم.

و أيضا إذا حصلت الشركه بالمزج فلزم إلغاء مالكيه الشركاء عن العين

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأى شىء أوجب إلغاء ذلك و أيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الإشاعه و صار المشتري مالكا للكلى فى المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقي مع تلف النصف كما هو كذلك فى جميع موارد بيع الكلى فى المعين مع أن التلف فى صورته الإشاعه محسوب منهما بلا خلاف فان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الخصوصيه فى حصه نفسه فهو بلا موجب فأنى سبب أوجب زوال ملكه عنها و صار مالكا للكلى فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين فى الواقع الى أى حد وصل التقسيم و ان كان مجهولا- فى الظاهر و كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها المعينه فى الواقع و لوجه فى عدم كونه معقولا- أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما إذا مات المورث و ترك وارثا متعدده و مالا فإنهم مشتركون فى ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص و جزء معين دون الأخر و يا نعكس ترجيح بلا مرجح و تخصيص بلا مخصص.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو الإبهام فإنه مضافا الى أنه لم يقل به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

و إذا بطل الوجوه المتقدمه فانحصر الوجه فى تصوير الإشاعه بما نذكره و التحقيق فيه أن يقال فى تصوير الإشاعه أن مجموع الشركاء مالكا لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكيه المجموع لشىء واحد بنحو الاستقلال و لكن مالكيه كل منهم للعين مالكيه ناقصه كالنصف و الثلث و الثلثين و الربع و السدس و غيرها، فان كل منهم نصف المالك و ثلثه و ربعه و سدسه و هكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع بإحدى النسب المذكوره دون البعض

الخاص أو الكلى فى المعين و لكن على نحو الناقصه بحيث لو أراد أن يتصرف فى العين المشتركه على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينافى الشركه فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا.

و بالجمله أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه و لكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربه و هكذا التعبير عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف و هكذا فمن باب المسامحه فى التعبير و الضيق فى العبارة و الا فليس له مالكيه على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركه أصلا و انما المجموع مالك واحد مستقل و كل منهم مالك ناقص و له مالكيه للتصرف فيها ناقصه من غير أن يكون بالاستقلال ففى مثل موت المورث و انتقال المال إلى الورثه ان مجموع الورثه مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورث وحده و بالفعل كان المالك هو مجموع الورثه و صاروا نائبا عنه فى المالكيه و كان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصف المالك و ربه على حسب حصته و لا شبهه فى صحه اعتبار الملكيه للمجموع و يدل عليه ما ذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها مالیه أصلا و انما المالىه تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما إذا كان شخاط واحد مشتركا بين خمسين فان قلنا بما ذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحه اعتبار الملكيه لهم و كان لكل منهم مالكيه ناقصه فيها و الا لكان هذا المال بلا مالك فان حصه كل منهم ليس بمال و المجموع من حيث المجموع مال و لكنه ليس لأحد و لا للمجموع على الفرض، بل ربما يصل الى مرتبه يخرج مقدار حصه كل منهم عن الملكيه و لا يعتبر العقلاء ملكيه عليه كما إذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

الاختصاص فى العين لكونها متعلقه لحقه و اما على ما ذكرناه، فالأمر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالاً لمجموع العين المشتركه و كل واحد منهم مالك للمجموع أيضاً و لكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك و ربه و ثلثه و ليس له على العين السلطه المالكه الاستقلاليه بل له سلطه على العين سلطه المالكه الناقصه فإن لكل منهم مملوك فهو مجموع العين و لكن مالكيته و سلطنته عليه ناقصه كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكه ناقصه و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع مجموع العين بملكه ناقصه و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع نصف الدار مثلاً معنا أو على نحو الكلى فى المعين أو على نحو الفرد المنكر فكذلك يجوز بيع مقدار منها على نحو الإشاعه بمعنى كون المبيع مجموع الدار و لكن يبيعه با لملكه الناقصه و ينتقل اليه نصف المالكه أى يعدم نصف مالكيته بالبيع و ينقطع من المالك الإضافه الناقصه و توجد تلك الإضافه أصلاً بل دائماً قطع اضافه و إيجاد إضافه أخرى، فإن البيع تبديل مال فى طرف الإضافه و التعبير بالنقل للوضوح.

و بالجمله فإذا باع المالك نصف متاعه على نحو الإشاعه فقد بذل مجموع متاعه فى مقابل الثمن على نحو الملكيه الناقصه و قطع اضافه ناقصه من إضافه المالكه إلى نفسه و أوجدها للمشتري و هذا المعنى أمر موافق للاعتبار و لا غرر فيه، و هكذا يبيع أحد الشريكين حقه من الآخر فإنه يبيع مجموع العين

المشتركة بملكه ناقصه و ينتقل من البائع إلى المشتري اضافة ناقصه من المالكه و هكذا فى جميع موارد الشركه و بيع أحد الشركاء حقه كما لا يخفى فافهم.

و توهم أن الملكيه من مقوله الأعراض فهى غير قابله للقسمه فكيف تكون الملكيه متبعضه و يكون لأحد الشركاء النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس و هو توهم فاسد فإن الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا غير قابله للقسمه كالأعراض أو هى من مقوله الأعراض و لكن يمكن تقسيمها باعتبار متعلقها كما هو الشأن فى جميع الاعراض الغير القابله للقسمه مثلا أن البياض فى نفسه غير قابل للتقسيم، ولكنه يقبله بحسب محلّه و الأمر فى المقام أيضا كك فإن مالكيه المورث مثلا كانت بالاستقلال فإذا مات انقطعت منه و وجدت فى مجموع الورثه من حيث المجموع و فى الافراد بالتبعيض باعتبار أن مملوك كل منهم التركه مجموعا بنصف الملكيه مثل فأوجب ذلك انقسام المالكه أيضا الى النصف كما أن البياض فى الجسم بياض واحد و يتعدد بالتقسيم و أن الحراره فى الماء حراره واحده و يتعدد بتقسيم الماء و هذا أيضا كتبعيض الإراده و الطلب فى باب التكليف المركبه كتعلق الأمر بالصلاه و تبعضه الى الركوع و السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب و ان كان بسيطا لا يتبعّض و لكن يتبعّض بتبع متعلقه كما لا يخفى.

ثم وقع الكلام بين العامه و الخاصه أن التقسيم فى باب الشركه افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الإماميه أنه تعيين الحصه و قال العامه أنه بيع فيترتب عليه أحكامه و قد وقع النزاع بين العامه و الخاصه فى باب المعاملات فى هذا المسأله و مسأله الضمان، حيث انهم يقولون انّ الضمان ضم ذمه إلى ذمه أخرى و قال الإماميه انه انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى و

ان وقع الخلاف بينهم فى باب المعاملات فى كثير من الفروع، و لكن المخالفه فى المسائل المهم هاتان المسألتان.

أقول: ان كان مراد الإماميه من كون الشركه افرازا و تعينا للحق هو أن حق كل منهما أمر كلى يتعين بالقسمه كما هو ظاهر كلامهم فهو لا يصح إلا فى موارد كون المملوك كليا كمورد البيع فى الذمه أو بيع الكلى فى الخارج فإنه يتعين بالتعيين، و أما فى موارد الشركه التى هى إشاعه حق كل من الشريكين على النحو الذى ذكرناه فلا، بل لا شبهه أن فى موارد الشركه ينتقل المملوك كل من الشريكين إلى الآخر بدل انتقال حق الآخر إليه، فيقع بينهما التبادل كما سنذكره و على هذا فلا وجه لما ذكره الخاصه بوجه.

و ان كان مرادهم من ذلك ردّ العامه حيث انهم يقولون بكون التقسيم بيعا يترتب عليه أحكام البيع من الخيارات و نحوها و غرضهم أنه ليس ببيع ليرتب عليه حكمه، فهو متين لعدم انطباق تعريفه عليه، و انما هو معامله خاصه حيث ان لكل من الشركاء مالكيه ناقصه للعين من حيث المجموع، فيبدل كل منهم مملوكه بالملكيه الناقصه على النصف مثلا بمملوك الآخر بالملكيه الناقصه كذلك، مثلا فإذا كانت الدار الواحده مشتركه بين شخصين على النصف فمعنى قسمتها الى نصفين أنه كل منها يأخذ مملوك الآخر الذى بالملكيه الناقصه مقابل مملوك نفسه بالملكيه الناقصه فيكون مالكا مستقلا بالنصف و الأمر واضح بناء على تصوير الإشاعه على نحو الثانى أى يكون كل من الشركاء مالكا لجزء خاصّ فان كل منهم يبدل الاجزاء المملوكه له فى هذا النصف بالأجزاء التى فى النصف الآخر و على هذا فيكون التقسيم فى نفسه معامله مستقله و قد ذكرنا نظير ذلك فى المعاطاه و قلنا فلا بعد فى أن يكون هنا معامله مستقله لا يكون بيعا و لا صلحا و لا اجاره و لا غيرها من

المعاملات المعروفة فتدل على صحتها آية تجاره عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطاه معامله مستقله فكذلك يمكن ان يكون التقسيم أيضا معامله مستقله و لهذا نظائر كثيره فى العرف كتبديل كتاب الرسائل المحشى، برسائل آخر غير المحشى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج إلى الحاشيه يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا و لا غيره من المعاملات المعروفة، بل معامله خاصه.

و بالجمله فإن أراد الخاصه من الافراز الوجه الأول الذى هو ظاهر كلامهم من الافراز و التعيين فلا وجه لما ذكره الخاصه و العامه فإن كليهما باطل و ان أرادوا الوجه الثانى الذى ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر و لا يضره كونه خلاف ظواهر كلامهم لأنهم كانوا بصدد الرد على العامه من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فإنه كما عرفت ليس ببيع، بل معامله خاصه فافهم.

الكلام فى تصوير الكلى فى المعين

و أما تصوير الكلى فى المعين

فربما يقال أنه عباره عن الفرد المنتشر الموجود فى الصبره الخارجيه مثلا و قابل الانطباق على كل فرد فرد.

و فيه مضافا الى استحاله وجود الفرد المبهم و أنه لم يخلق و لن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلى هو عدم تشخصه بخصوصيه خاصه خارجيه و معنى الفرد أنه متميز بالخصوصيه فهما لا يجتمعان.

و قد يقال أنه عباره عن الكلى فى الذمه بعينه غايه الأمر أن المشتري يشترط على البائع أن يؤديه أى المبيع من العين الموجوده فى الخارج

ص: ٣٦٨

المتخصّص بخصوصيه خاصه و الآ- فلا- فرق بينه و بين الكلى فى الذمه، فإذا باع صاعا من الصبره الخارجيه أو مّنا من الحنطه الفلانيه فمعناه أنه باع كلى المن و كلى الصاع فى الذمه بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح.

و فيه أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجيه كان البيع باطلا- فان المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان، فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلى فى الذمه على النحو المزبور لما كان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجيه بل يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط مع صحه البيع كسائر موارد تخلف الشرط.

و قد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمه أيضا، و لكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه الآ- على الموجود الخارجى كما إذا باع عبدا من عبده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع مّنا من الحنطه الحاصله من المزرعه الفلانيه و الفرق بين هذا و سابقه أن الخصوصيات مأخوذا فى البيع على نحو الاشتراط فى الأول و على نحو القيديه فى الثانى فعلى الأول مع تلف ما فى الخارج كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما عرفت و على الثانى فله خيار تعذر التسليم.

و فيه أولا- أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى منها موجب للانفساخ لأنّ التلف قبل القبض من مال البائع و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى الذمه على النحو الثانى فإنّ التلف فيه لا- يوجب البطلان، كما عرفت، بل يبقى البيع على حاله و يكون المبيع هو الكلى غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

و ثانيا: أن لازم ذلك جواز أن يتلف البائع العين الخارجيه وضعا و يبيعه لغيره مثلا بحيث لا يبقى شىء فى الخارج لينطبق عليه الكلى و مع ذلك كان البيع صحيحا و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى المعين فان المبيع موجود فيه فلا يجوز إتلاف البائع مجموع ذلك وضعا.

و قال شيخنا المحقق أن المبيع فى بيع الكلى فى المعين هو الكلى من غير ان يقيد فى كونه فى الذمه و لا- أنه مقيد بكونه فى الخارج بل مطلقا من جميع ذلك فيكون منطبقا على كل فرد فرد فى المعين الخارجى، فإذا باع مئا من الحنطة فمعناه انه باع كليا مطلقا قابل الانطباق على الصياع الموجوده فى الخارج المعين و على غيرها.

و فيه مضافا الى الوجهين المتقدمين أنه لا- يعتبرون العقلاء ماله على كل لا يكون منسوبا إلى ذمه أو الى الخارج (و قد اعترف بذلك فى أوائل البيع، و قال ينسب إلى الذمه بيعت) فلا معنى لكونه مبيعا أصلا كما هو واضح.

و التحقيق فى تصويره أن يقال أن الكلى فى المعين ليس إلا الكلى المضيق الموجود فى ضمن المعين الخارجى و قابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك فى أمور الأول ان الكليه لا يتخصيص و لا يتشخص إلا بالتشخصات الخارجيه بحيث توجب تحيزها فى الخارج و إلا فبمجرد تقييد الكلى من غير أن يوجب التقييد و التشخيص فى الخارج لا يوجب خروج الكلى عن كليته كما حقق فى علم الحكمة و الكلام، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح فى تصوير بيع الكلى أن الملكيه الاعتبارى متعلق أولا- و بالذات بالكلى حتى فى البيوع الشخصيه و على الخارجيات بالعرض فيكون الكلى مملوكا بالأصالة و الأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فإنه عالم بالكلى بالأصالة و بالجزئى بالعرض كما هو واضح فلا عجب فى إمكان تمليك

الكلى على كليتته و إبقاء الخصوصيات فى ملك نفسه كما لا يخفى.

الثانى: أن الأعيان الخارجيه انما هى مملوكه لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصيه و له مالكيه عليها مالكيه تامه فله أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات و تبقى الخصوصيات فى ملكه و له أن ينقل اليه الذات مع جمله من الخصوصيات و له أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تاره تكون بحد توجب كون المبيع شخصيًا و آخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا.

الثالث: أنه لا-شبهه فى وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيره كما لا شبهه فى وجود الجامع بين الحقائق أيضا فإن حقيقه واحده يمكن ان تصدق على الحقائق العديده مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود فى العالم كما أن حقيقه الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود بيع ففى مقام الإشاره و الدلاله يعبر بمفهوم الوجود و فى مقام اللب و الواقع يعبر بحقيقه الوجود، فإذا قيدت الطبيعه مثلا- بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحو الاستغراق و السرمان، و إذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعه أيضا، و لكن على نحو البدليه بحيث يكون أول الفرد منها أى فرد كان موردا للحكم و هذا أيضا يختلف بالسعه و الضيق.

إذا عرفت ذلك فنقول أن المالك أنما هو مالك للعين الخارجيه مع جميع خصوصياتها فإذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أو غيرهما من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع ح أمرا كليا قابل الانطباق على بقيه الأفراد بأجمعها على البدل مفهوما و حقيقه كانطباق مفهوم الوجود و حقيقته على جميع مفاهيم الوجود و حقيقته فليس الذات من

حيث هي المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا و لا أن الذات المقيده بجميع الخصوصيات مبيع و الآ لتوجه على الأول ما ورد على شيخنا المحقق، و على الثانى، كان المبيع شخصا لا كليا بل المبيع هي الذات المقيده ببعض الخصوصيات أعنى خصوصيه كونها من هذه الحنطه أو هذه الطاقه أو هذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصيه تضيق دائره الكلى الوسع المطلق من جميع الجهات، و لكن ليست تلك الخصوصيه على حدّ تكون موجه لصيروره المبيع شخصا فيكون واسطه بين الأمرين فيكون المبيع هو الطبيعه المقيده بصرف الوجود الضيق فالبايع قد نقل الى الغير الطبيعه المضيقه المقيده بصرف الوجود من العين الخارجيه كصاع و نحوه و ملكه للمشتري بحيث صار المشتري مالكا لطبيعي الصاع المقيّد بصياح هذه الصبره مثلا- و أبقى المالك بقيه الخصوصيات فى ملكه و منها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشتري الآ الكلى المقيده من هذا الوجود و هذا واضح جدا فالاعتبارات العقلانيه مساعده لها فى التكيليفيات و الوضعيات كما إذا أمر المولى بالصلاه مطلقا أو فى المسجد فان المكلف به فى الأول مطلق جميع الجهات غير تقيد الطبيعه بصرف الوجود و أما القيود فكلها ملغات و هذا الذى عبرنا عنه فى باب المطلق و المقيده برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق، و فى الثانى مقيده بقيد آخر غير تقيده بصرف الوجود و هو كونها فى المسجد و مع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين إيجادها فى السطح أو فى داخل المسجد و فى أى مكان منه.

و كذلك إذا أجر أحدا بخياطه ثوبه مطلقا أو فى شهر خاص و هكذا و هكذا فالمقصود أن ما ذكرناه من تصوير بيع الكلى فى المعين ليس معنى بعيدا عن العرف، بل اعتبارات العقلاء مساعده عليه و كذلك اعتبار الشارع

كما عرفت فاغتنم.

و قد ورد فى روايه (١) الأطنان ما يدل على جواز بيع الكلى كما عرفت و بالجمله لا بأس من الالتزام ببيع الكلى ثبوتا و إثباتا بعد ما ساعده الاعتبار العقلاى و ورد عليه الروايه.

مسأله: لو باع صاعا من صبره

قوله: مسأله: لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثه المتقدمه؟ أقول: إذا باع صاعا من صبره معينه فتاره يعلم مقصود المتبايعين من الخارج و انهما أرادوا أحدا من الإشاعه أو الكليه فيحمل عليه سواء قلنا بكون اللفظ ظاهرا فى الكلى أو فى الإشاعه، كما أنه لو علم عدم توافقه فى القصد فيحكم بالبطلان بأن أراد البائع الإشاعه و أراد المشتري الكلى أو بالعكس، فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد و لا يفرق فى ذلك كله بين كون المقصود لكل منهما ظاهر اللفظ أو لا، بل لا يفرق فيه بين الصحيح و الغلط حتى لو قال المطلق و أراد المقيّد فلا بأس فيه مع فهم المشتري المراد كما إذا قال بعتك دارا فكان غرضه الدار المعين لما عرفت من عدم اعتبار اللفظ الصريح، بل الصحيح فى متعلقات العقود.

و بالجمله لو علم مراد المتبايعين من الخارج انهما أرادا الإشاعه أو الكلى سواء أتيا كلاهما بلفظ مطلق أو مقيّد صريح أو غير صريح صحيح أو

ص: ٣٧٣

غير صحيح فلا كلام فى صحه ذلك كما لا شبهه فى بطلانه إذا أراد أحدهما الكلى و أراد الآخر الإشاعه فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على مورد واحد و أيضا لا يفرق فيه بين الإتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت.

و انما الكلام فيما إذا شك فى ذلك و لم يعلم أن أيًا من المعنيين إرادته البائع و أن أيًا منها إرادته المشتري، و ذلك اما لعدم العلم بما قصده من ذلك الإيجاب و القبول لنسيان و نحوه أو لموت البائع أو المشتري أو كليهما و لم يعلم الوارث أن أيًا من المعنيين قصده أو وقع التداعى بينهم فادعى أحدهما كون المقصود إشاعه و ادعى الآخر كون المقصود كليًا و سيأتى التعرض للثمره بين المعنيين.

و الظاهر هو حمل اللفظ على الكلى فى المعين لوجهين، الأول للروايه المتقدمه فى بيع الأطنان من أنبار القصب فإنه سأل السائل عن حكمه إذا احترقت و لم يبق إلا مقدار حق المشتري فأجاب (عليه السلام) بأنه للمشتري و لم يستفصل فى ذلك بين أنهما قصدا الإشاعه أو قصدا الكلى، بل حكم بكون الباقي للمشتري جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبره ظاهر فى الكلى و توهم أن ظهور اللفظ فى الإشاعه و انما حكم الامام (عليه السلام) بكونه كليا للتعبد توهم فاسد فإن الشركه و عدم الشركه ليست امرا تعديديًا و بالجمله فحكم الامام (عليه السلام) بكون الباقي للمشتري يدل على أنه (عليه السلام) فهم من ظاهر اللفظ الكليه فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل فى السؤال أصلا.

الوجه الثانى: أن الظاهر من العناوين المأخوذه فى موضوعات الاحكام سواء كانت تكليفية أو وضعيه لها موضوعيه فى نفسها و ليست طريقه الى الواقع و الى اعتبار شىء آخر، و قد اشر الى هذا فى بيع الغرر كما عرفت فى حمل العنوان على الحكمه أو العله.

فالظاهر من قول البائع بعتك صاعا من صبره أو منّا من الحنطه الموجوده هو اراده المن بما هو من و الصاع بما هو صاع من هذه الصبره بحيث لا يكون مقيدا بخصوصيه إلا كونه من الصبره الموجوده و مضافا الى صرف الوجود و أما الخصوصيه الزائده عن ذلك فلا من غير أن يكون طريقا إلى إرادته أحد الكسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الكسور المتصوره المتخصصه بالخصوصيات الخاصه الخارجيه فإنه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغى عنهما جميع الخصوصيات إلا الإضافه إلى صرف الوجود من الصبره المعينه فقط.

و بالجمله أن مقتضى الظاهر من لفظ المنّ هو الكلى العارى من جميع الخصوصيات إلا اضافته الى صرف الوجود من الصبره المعينه الخارجيه فإن ظاهر حفظ العنوان يقتضى كونه موضوعا للحكم و لا يكون ذلك موضوعا للحكم الا بلحاظ أنه كلى و دعوى الإشاعه يقتضى كون لفظ المنّ أو الصاع إشاره إلى الكسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الإشاعه بأحد هذه الكسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما كما لا يخفى.

و قد يقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبره هو الفرد المنتشر كما هو مقتضى الظاهر من التنوين التنكير.

و فيه أولا قد عرفت أن اراده الفرد المنتشر غير معقول فى نفسه.

و ثانيا: أنه لا كليه لذلك إذ ربما يكون اللفظ خاليا عن التنوين كما إذا قال بالإضافه أو اللام كقولك بعتك صاع من الصبره أو المنّ من الحنطه و نحو ذلك.

و ثالثا: أن هذا التنوين ليس بتنوين تنكير، بل هو تنوين تمكّن و أما التنوين التنكير فهو يدل بأسماء الأفعال كص و مه.

و أما ثمره القول بكونه ظاهرا فى الكليه أو الإشاعه فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما،الأول أن تعيين المبيع من الصبره فى يد البائع، فإن المفروض أن المشتري لا- يملك إلا- الطبيعه المعراه من جميع الخصوصيات إلا- الخصوصيه الخاصه و هى كونها مضافه الى صرف الوجود من صاع هذه الصبره الموجوده فى الخارج و عليه فليس له إلا- أن يطالب من ملكه من صياح هذه الصبره كما أنه كذلك إذا ملك أحد على كلى فى ذمه شخص فإنه لا يملك إلا الكلى فقط المضاف إلى ذمه المديون أو البائع فليس له يطالبه من حصّه خاصه و من كومه معينه.

و بالجملة أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبه الزائد و من الواضح أن المشتري يملك مطالبه كلى الصاع من هذه الصبره و أما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا.

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعه من المكلف فإنه إذا أمره بإيجاد الطبيعه فليس له مطالبه خصوصيه زائده غير إيجادها و إذا أقبح على العبد بأنك لماذا لم تمثل بإيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه فيحتج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبه الزائد من إيجاد الطبيعه نعم لو كان هنا دليل آخر يدل على إيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه وراء الأمر بأصل الطبيعه فللمولى أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائده و ليس للعبد ح أن يقول أن الأمر بالطبيعه لا يقتضى إلا الامتثال بالطبيعه فقط و هكذا الأمر فى أوامر الشارع بأجمعها.

هذا على تقدير الكليه و أما بناء على الإشاعه فلا اختيار لأحدهما بوجه لحصول الشركه،فيحتاج القسّمه إلى التراضى كسائر الأموال المشتركه الثمره الثانيه أنه بناء على الكليه إذا تلفت الصبره بأجمعها و لم يبق

منها الا مقدار حق المشتري فيكون الباقي له و ليس للبائع فيه حق و هذا بخلافه على الإشاعه فإن التالف و الباقي بينهما سيان.

و الوجه في ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشتري ليس إلا الطبيعه المعراه عن الخصوصيات إلا إضافته إلى صرف الوجود من الصبره الموجوده في الخارج فما دام أنه قابل الانطباق على صياح الصبره لم يذهب من حقه شيء كما عرفت ذلك من الروايه إلا إذا تلف المجموع فإنه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع.

و أما على الإشاعه فإن الفرض أن حق كل من البائع و المشتري على نحو الإشاعه في الصبره فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشتري في كل جزء فمع القبض و الإقباض يذهب المبيع من كيس البائع و بدونه يفسخ البيع و هذا واضح جدا فما ذكره المصنف في محله و تمت الثمره.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول لأن الكلى المبيع، ثانيا انما هو مشاعه في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعه و قد قواه شيخنا الأستاذ و قال أن الباقي ينطبق على ملك المشتري الأول و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبه إلى صاع المشتري الثاني، لأن الصاع الثاني يسرى كليه الى ما عدا الصاع الأول و هذا بخلافه على الإشاعه.

و لكن التحقيق أن الباقي لا ينطبق عليه ملك المشتري الأول، و توضيح ذلك أنا ذكرنا في مبحث علم الإجمالى من الأصول أن الصفات

الحقيقه الموجوده فى أفق النفس يصح أن تتعلق بالعناوين الجامعه للأفراد المتشتمته و قابله الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدليه من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعى واقعيه فى الخارج، بل واقعيته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمرا معيناً فى الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوماً فى الخارج، بل المعلوم هو الأمر الاعتبارى الجامع بين الأفراد و المنطبق عليها على سبيل البدليه مثلا إذا علمنا بنجاسه أحد هذين الكأسين فالصفه النفسانيه قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعنى عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدليه من غير أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على الأفراد فإذا علمنا بعد ذلك أن النجاسه انما هى موجوده فى الكأس الشرقى دون الغربى فلا ينكشف من ذلك أن الكأس الشرقى من الأول متعلق لهذا العلم أو علم إجمالا- بكون أحد الكأسين بولا- أو خمرا فعلم بعد ذلك تفصيلا كون هذا الكأس، بل المعلوم فى جميع موارد علم الإجمالى انما هو عنوان أحدهما و كذلك القدره و سائر الأوصاف النفسانيه مثلا لو كان أحد متمكنا من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معا أو على التدريج فإنه إذا أكل واحدا منهما لا ينكشف من دون الأول أنه لم يكن قادرا الأعلى أكل هذا الخبز فقط دون الآخر، بل هو من الأول كان قادرا لهذا و قادرا لذلك أيضا فإذا صح تعلق الأوصاف الحقيقه على العناوين الاعتباريه فتعلق الأوصاف الاعتباريه عليها بمكان من الإمكان.

و توضيح ذلك أن الملكيه ليست من الأمور الموجوده فى الخارج كسائر الاعراض الموجوده فيه، و انما هى اعتبار اضافه المملوك الى المالك و نسبته

اليه و انما الموجود فى الخارج متعلق هذه الإضافة من الامورات التكونيه أو الكليات الاعتباريه فهذا الأمر الاعتبارى كما يصح أن يتعلق بالأعيان الخارجيه فكك يصح أن يتعلق بالأمر الاعتباريه التى لا واقعيه لها أصلا إلا الاعتبار المحض فإذا باع صاعا من صبره من شخص فقد ملك كليا و أمرا اعتباريا جامعا للأفراد الخارجيه على سبيل البدليه و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشتري مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أيا من الافراد الموجوده فى الخارج و هذا معنى تملك الطبيعه و حفظ الخصوصيات فى ملك نفسه و إذا طبقه على فرد منها و عينه فى الخارج لا- ينكشف منه أن المملوك من الأول كان هو هذا الفرد المعين و الأ- فمعناه أن الخصوصيه كانت مملوكه للمشتري و هو خلاف المفروض فى بقائها فى ملك البائع و انما المملوك كان هو الجامع و البائع باختياره طبقه على الفرد المعين و أسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد.

و عليه فإذا باع صاعين كليين من الصبره من شخصين فانطباق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صاع تلك الصبره على حد سواء و ليس لأحدهما مزيه على الآخر بوجه.

و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من انه فى صوره بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقي للمشتري الأول فقط لأن مملوك المشتري الثانى ينطبق على غير الصاع الذى انطبق عليه مملوك المشتري الأول و هذا نظير ما إذا باع صاعين من الصبره من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقا على غير ما انطبقه الآخر، بل انطباق كل منهما على كل من صاع الصبره على حد سواء، كما هو واضح.

و على هذا فنسبه الصاع الباقي الى كل من المشتريين على حد سواء و ح فهل الباقي بتمامه ملك للمشتري الأول أو بتمامه ملك للمشتري الثاني أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البائع أو يقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال و التمام فغير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشئ الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال.

و أما كون اختيار التعيين تحت يد البائع فهو أيضا واضح البطلان فإنه انما يكون كذلك إذا كانت الخصوصيات باقيه تحت ملكه كما إذا كانت الصياح متعددة فإنك عرفت أنه ليس للمشتري حق التعيين أصلا و انما هو راجع الى البائع فإن المبيع ليس إلا- الطبيعه فالخصوصيات باقيه تحت ملكه الاختيار في تعيين ذلك الكلى بأى فرد شاء و هذا بخلافه هنا فإنه مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشتري و يرتفع مملوك البائع أصلا فإنه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلى بهذا أو بذلك فمع التلف و بقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا و لم يبق له ملكيه في هذا الفرد بوجه و قد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شئ واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال.

و أما التنصيف فهو الحق فإنك عرفت عدم معقوليه ملكيه كليهما على الباقي و تخصيص أحدهما دون الآخر تخصيص بلا مخصص إذ ليس فى البين مرجح الأ مجرد سبق الزمانى فهو فى نفسه لا يكون مرجحا فلا بد من القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريتين النصف لما عرفت مرارا أنه إذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحللا- إليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازديادا الثمن فيكون للمشتري خيار تبعض الصفقه و الا فلا خيار له أيضا.

و بالجمله فعمده غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقي بالمشتري الأول و القول ببطلان البيع الثانى و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوى منع انطباق الكلى الثانى على جميع الصياغ، بل انما يكون انطباقه على غير الصاع من هذه الصبره كما لا يخفى. فافهم.

و قد انتهى الكلام إلى أنه إذا باع صاعا من صبره من شخص ثم باع صاعا من صبره من شخص آخر فتلف الصبره و لم يبق منها الا- صاع واحد فهل يكون ذلك للمشتري الأول كما اختار المصنف أو يفسخ العقد فيهما معا و يعود الباقي الى ملك المالك الأول أو يتخير المالك الأول بين أن يعطيه من المشتري الأول أو من المشتري الثانى أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كلتا من صياغ الصبره الذى قابل الانطباق على جميع الصياغ و صار شريكا فيها فنسبه كل منهما الى كل من الافراد على حد سواء بحيث أن للبائع الذى ملك الكلى السارى و حفظ الخصوصيات أن يطبق على كل من الكليين على أى فرد من الافراد شاع فإذا تلفت الصبره و لم يبق إلا صاع واحد فبأى مرجح يتمحض ذلك بالمشتري الأول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس إلا الكلى السارى فتخصيص الباقي بالأول بلا مخصص و مرجح فإنه ليس فى البين مرجح الا السابق الزمانى و كون المشتري الأول أسبق من البيع للمشتري الثانى فلا دليل على كونه مرجحا فى البين.

و أما كون التخيير تحت يد البائع فهو واضح البطلان فإنه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأى اختيار له فى ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكه له فله تملكها بأى منهما شاء توهم فاسد فإنه لا يعقل تملك العين عاربه عن الخصوصيات إذ لا وجود للعين الخالى عنها فى الخارج فإن الشىء

إذا تشخص و وجد فى الخارج خرج عن الكليه و إذا لم يتخصص بخصوصيه لا يعقل وجوده فى الخارج فبالشرط فى ضمن العقد يشترط المشتري على البائع أن يملك البائع الخصوصيات أيضا أى إذا تعين حقه فى شىء تكون الخصوصيات أيضا للمشتري حتى مع كون المبيع كليا.

نعم ما دام المبيع كلى فالخصوصيات تحت ملك البائع و أما مع التعين فيكون الخصوصيات أيضا كنفس العين ملكا للمشتري فليس للبائع اختيار فى إعطاء الباقي للأول أو الثانى.

و يبقى القول اما بالانفساخ أو التبعض و ربما يقال بالأول، فإنه لا يمكن القول بصحة كليهما و لا بصحة أحدهما دون الآخر لعدم المرجح فى البين فيسقطان معا للمعارضه كما هو كذلك فى سائر العقود كما إذا باع داره أو أجرها أو وهبها من شخص و باعها و كيله من شخص آخر فى ذلك الزمان فإنه يحكم فى أمثال ذلك بالتساقط و رجوع الدار الى صاحبها الأول فإن العمومات تتعارض فى شمولها لكل من العقدين.

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا و وضوح الفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود و الوجه فى ذلك هو ان المعامله الواحده إنما تنحل الى معاملات عديده حسب انحلال المبيع سواء كانت يباعا أو إجاره أو هبه، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل فى ذلك الوقت إذ لا ترجيح فى شىء من الاجزاء لأحد الطرفين فيسقطان للمعارضه و عدم إمكان شمول العمومات لأحدهما دون الآخر لكونه ترجيحا بلا مرجح.

و بالجمله أن العقد الصادر من الوكيل إنما يبتلى بالمانع الذى هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الآخر فيعارض

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للآخر فيتساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح.

و هذا بخلافه فى المقام فإنك عرفت أن ما بيع لكل من المشترين أمر كلى قابل الانطباق على جميع الافراد و كذلك اجزاء المبيع ففى هنا بيوع متعددة حسب تعدد المبيع بالانحلال و كل مبيع فى كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبره من غير أن يكون بينهما تراحم و تمناع أصلا كما كان كذلك فى سائر العقود فى الفرض المذكور و لكن إذا تلفت الصبره و لم يبق إلا الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلى من الطرفين عن السريان و ينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد و ح فكل من البيعين يتعارضان فى الانطباق الى الموجود الخارجى الذى هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضه و لكن انطباق حق كل من المشترين بنصف الصاع فلا- معارضه بينهما فيحكم بالتبعيض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبه إلى النصف بلا معارضه و ليس للبائع أن يعطى مجموع الصاع لأحدهما دون الآخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبه إلى المجموع نعم بالنسبه إلى النصفين فاختياره باق على حاله فله أن يعطه لأحدهما هذا النصف و للآخر ذلك و بالعكس و هذا واضح لا شبهه فيه و اما ثبوت الخيار فقد أشرنا اليه و يأتى تفصيل الكلام فيه فى الخيارات.

ثم ذكر المصنف فرعا آخر لبيان الثمره و هو أنه أن المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض و أما إذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصاً بالمشتري و ان قبض فى ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاء و الباقي أمانه حصلت الشركه لحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابليه تملك المشتري له فعلاً

و ينحصر حقه فى الباقى فح حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما الى أن قال، 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.

أقول: أن هنا أمران و لا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا.

الأول: أن التلف بعد القبض انما يحسب على المشتري و عليه، فإذا أقبض البائع مجموع الصبره من المشتري فأثره أنه لو تلفت الصبره بكلها يكون المبيع أيضا تالفا و لا يكون مثل التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ.

الثانى: تعيين المبيع الكلى و تطبيقه على فرد خاص و عدم تعيين ذلك فإنه على الأول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه و أما مع عدم التعيين فلا. وجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كليا كما هو المفروض فان مجرد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه إلى الشركه، بل انما قبضه المشتري على سريانه أى أنه باقى على سريانه الأوليه مثلا كانت الصبره عشره أصوع فباع مالکها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبره فإنه لا يوجب تعيين حقه أو قلبه إلى الإشاعه فإنه بأى موجب زالت ملكيه البائع على الخصوصيات الموجهه لكونه مختارا فى تطبيق حق المشتري بأى فرد شاء.

و توهم أن المشتري و ان ملك كليا و لكنه مالک له مع خصوصيه، فإن مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك فإنه انما يشتري صاعا من الصبره ليستقل فى التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود فى ضمن العقد.

و هو توهم فاسد فإنه و ان كان صحيحا فى أصل الاشتراط و لكن لا يقتضى ذلك تعيين حق المشتري بصاع خاص ثم انقلابه إلى الإشاعه و قد

عرفت أنه يمكن أن يقبض المشتري المبيع على كليته فإنه مع أخذ الصبره مجموعا يأخذ المبيع أيضا لكونه موجودا في ضمن الصبره كما أنه مع التعيين يكون موجودا في ضمن الفرد الشخصي فإن الكلى الطيعى موجود بوجود الفرد.

و بالجمله أن المبيع كان هو الكلى السارى فهو باق على حاله فلا يخرج عن السريان بقبض المشتري كما لا يخفى.

نعم لو بدل الكلى بالاجزاء على نحو الإشاعه بمعامله جديده فيحكم بالإشاعه فيصح ما ذكره المصنف و لكنه لا يمكن بدون المعامله الجديده فإن خروج الخصوصيات عن ملك البائع و خروج الكلى عن ملك المشتري و تبدل كل منهما بالآخر يحتاج الى دليل فهو منتف فى الخارج و نحن لا ندعى الاستحاله بل ندعى عدم الدليل على هذا، فافهم.

و كيف كان فلا فرق فيما ذكرناه من التحقيق بين ما قبل القبض و ما بعده بوجه.

و أما ما ذكره من أنه لو قبضه على نحو الامانه فهو متين فإن البائع مالك لجميع الخصوصيات مع الصبره فإذا باع صاعا منها فله أن يطبق هذا الكلى بأى فرد شاء فإذا أقبضها من المشتري مجموعا لتكون أمانه عنده فلا يوجب ذلك خروج الخصوصيات عن ملكه فإنه بلا موجب فإنه لم يقبضها بعنوان اقباض الحق، بل الامانه و ح فإذا تلفت الصبره أجمع فيكون حكمها حكم التلف قبل القبض.

لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما

قوله: و انما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات و

استثنى منها أرتالا معلومه أنه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزل الأرتال المستثناه على الإشاعه.

أقول:قد عرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبره أو مئا من الحنطه فيحمل على الكلى،و يكون المبيع هنا كلى المنّ و كلى الصاع ملغى عنه الخصوصيات السارى على جميع أمان الصبره و أصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبره و لم يبق الآ بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البائع لكونه تلفا قبل القبض.

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء فى بيع ثمره الشجرات و استثناء أرتال معلومه منها على خلاف ما ذكرناه فإنهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمره فيحسب التالف على البائع و المشتري و سقط من المستثنى بحسابه و قد ذكروا للتفصى عن هذه العويصه وجوها:-
الأول:أن الفارق بين المسألتين هو النص فإن الصحيحه الوارده فى بيع الأطنان من القصب قد دلت على حمل بيع الصاع من الصبره على الكلى،و الآ فمقتضى ظهور اللفظ هو الإشاعه فى كلا المسألتين.

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الإشاعه فى بيع الكلى مع انا لم نسلم ذلك،و قلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلى مع ورود النص عليه كما عرفت.

الأول:ما ذكره المصنف(ره)من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعده كما هو الظاهر،فان الظاهر أن الامام(عليه السلام)أجاب على طبق المتفاهم العرفى لزم التعدى منه الى مسأله استثناء،فإنه لا فرق بينهما الآ أن مسأله الاستثناء على عكس مسألتنا،هذا و هو بانفراده لا- يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعده و التعبد المحض فلا- يجوز التعدى من مورده أعنى بيع القصب الى غيره،بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

كبيع الصاع من صبره الحنطه و الشعير و نحوهما.

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطه فإنهما من واد واحد، لأننا نقطع بأنه لو كان السائل يسأل الإمام (عليه السلام) عن بيع عشره آلاف أرطال من الحنطه من أرطال و تلفت إلاّ عشره آلاف فأجاب الإمام (عليه السلام) بمثل ما أجابه فى بيع القصب.

الجواب الثانى: ما ذكره المصنف فى آخر كلامه من أنه لو قلنا بالإشاعه للزم عدم جواز تصرف المشتري فى الثمره إلاّ بإذن البائع، بل يجوز له التصرف فى الثمره.

و ثالثا: ما أشار إليه المصنف أيضا من أن لازم الحمل على الإشاعه أنه لو تلف مقدار من الثمره بتفريط المشتري كان ضامنا للبائع فى حصه من التالف و يكونان شريكين بالنسبه إلى الباقي مع أنهم حكموا بوجوب أداء المستثنى تماما من الباقي فهو لا يجتمع مع الإشاعه، بل مع الملكيه كما لا يخفى.

و رابعا: يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم الظهور النص فى الإشاعه و خروج مسأله بيع الأطنان من القصب على خلاف القاعده للنص يلزم أن يحكم الامام (عليه السلام) على خلاف ما قصده من العقد فهو لا يمكن فإنه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالإشاعه كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا و قد مرّ مرارا عديده أنه أمر غير معهود.

الثانى: أن مقتضى ظاهر اللفظ فى المسألتين هو حمل الصاع على الكلى إلاّ أنه قام الإجماع على الحمل على الإشاعه فى مسأله الاستثناء.

و فيه أولاً: أن الإجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفاً عن دليل معتبر، ونحن نقطع بانتفائه في المقام و عدم استنادهم اليه.

و ثانياً: يرد عليه ما أوردناه على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة الآخرة.

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى في المقام و بين حمله على الإشاعه في مسأله الاستثناء و نظائره كالزكاه التي يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض في لزوم البيع و وجوبه على البائع في بيع الكلى فما دام يمكن دفع المبيع إلى المشتري يجب الإقباض كما في بيع الكلى في الذمه و هذا بخلافه في مسأله الاستثناء و الزكاه.

و فيه أولاً: ما ذكره المصنف من أنه مضافاً الى تحقق إيجاب القبض في مسألتى الزكاه و الاستثناء أن وجوب الإقباض و لزوم العقد مسلم و لكن لا دليل لوجوب الإقباض في اللزوم بوجه، و لا نفهم معنى هذه العبارة كما لم يفهمه المصنف، و ان إيجاب القبض على البائع فرع كون المبيع كلياً و منطبقاً على الباقي فإنه مع عدم البقاء كلاً أو بعضاً لا يبقى موضوع لوجوب الإقباض لانفساخ العقد.

و بعبارة أخرى حكم حمل المبيع على الإشاعه هو انفساخ العقد في المقدار التالف و عدم بقاء الموضوع لوجوب الإقباض و حكم حمله على الكلى هو بقاء المبيع و وجوب دفعه الى المشتري و إقباضه منه هذا بحسب الكبرى و أما إحراز الصغرى و إثبات أنه محمول على الإشاعه أو على الكلى فلا بدّ و ان يتحقق من الخارج فإثبات الكليه بوجوب الإقباض الذي فرع على

و ثانيا: أن دليل أخص من المدعى فانا نفرض موردا يكون المبيع تحت يد المشتري فى بيع الكلى اما بالإجازة أو بالأمانه أو بالعاريه، أو بالغصب، فح فالمبيع تحت يد المشتري فلا موضوع لوجوب الإقباض أصلا و من هنا يعلم أن قياس المقام ببيع الكلى فى الذمه فرع إحراز الكليه كما لا يخفى.

و أما قياس الاستثناء بالزكاه، ففى غير محله إذ ليس الفقير شريكا مع المالك فى المال الزكوى كما حقق فى محله.

الرابع: ما ذكره فى مفتاح الكرامه من إبداء الطرق بين المسألتين بدعوى أن التلف من الصبره فى المسأله السابقه أعنى بيع الكلى انما هو قبل القبض فيكون على البائع و يلزم عليه مع ذلك أن يسلم من الباقي تمام المبيع فإنه لم يذهب منه على المشتري شىء لأجل التلف و هذا بخلاف مسأله الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري، أما على الإشاعه بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك فإنه حكم بضمانه هناك.

و بعبارة أخرى أن المشتري فى بيع الكلى يتلقى الملك من البائع فما دام فى البين مصداق للكلى المبيع لينطبق عليه ذلك الكلى فيجب إقباضه بإقباض المصداق، و هذا بخلاف الاستثناء، فان المستثنى فيه من الأول باقى فى ملك البائع فلا يجب التسليم و الإقباض و الإيفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات.

و بعبارة ثالثة: أنه يدعى أن المبيع فى المقامين هو الكلى.

و الجواب عنه: أولا: من تبعه وجوب الإقباض بكون المبيع كليا و متفرعا

عليه و عدم كونه نحو الإشاعه فإثبات الكليه بوجود الإقباض مصادره واضحه و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشتري في بيع الكلى اما بالغصب أو بغيره كما تقدم.

و ثالثا: بناء على الإشاعه في مسأله الاستثناء لا يجوز للمشتري أن يتصرف في الثمره إلا بإذن البائع و مع إتلافه مقدارا منها فيكون ضامنا لحصه البائع مع اشتراكهم في البقيه كما ذكره المصنف.

و رابعا: ما ذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشتري فلا شبهه أن البائع ح لا يضمن التالف من حق المشتري و انما الإشكال في الفرق بين المسألتين.

و ان أريد منه أن الكلى الذى يملكه البائع تحت يده بعد العقد، فحصل الاشتراك عنده فإذا دفعه الى المشتري فدفع مالا مشتركا اليه، فح أيضا يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعثك صاعا من الصبره و بين قولنا بعثك ثمره البستان إلا أرتالا معلومه فكلاهما من واد واحد فلما ذا حصل الاشتراك فى الثانى دون الأول فإن كون المجموع تحت يد البائع لا يوجب الاشتراك و لا يرد على المصنف أنك قلت بحصول الاشتراك فى بيع الكلى بإقباض البائع مجموع الصبره فلما ذا لا- يحصل الاشتراك هنا بكون مجموع الثمره تحت يد البائع، فالبائع هنا بعينه مثل المشتري هناك.

فانا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراك لمكان الإقباض فإن اقباض المالك الكلى يوجب تمليك الخصوصيه و تمليك الخصوصيه موجه للاشتراك بخلافه هنا نعم لو كانت الثمره تحت يد المشتري و هو يقبض البائع مجموع الثمره فحصل الاشتراك فحصل الفرق بين المقامين و ان لم نقبل ما ذكره المصنف و قلنا ان إعطاء الصبره للمشتري بأجمعها لا- يوجب الاشتراك

كما عرفت.

الجواب الخامس: ما ذكره المحقق الايروانى أن الذى ينبغى مقياسه من مسأله الأبطال بمسأله بيع صاع من الصبره هو المبيع و هو ما عدا الأبطال دون نفس الأبطال التى لم تقع عليه المعامله فإن مكانه الأبطال هنا مكانه بقيه الصبره مما عدا صاع منها من تلك المسأله و مكانه ما عدا الأبطال هنا مكانه الصاع من تلك المسأله فإن المعامله وقعت على ما عدا الأبطال فيكون المبيع كلياً فمقتضى القاعده هنا كون التلف على البائع و لكن حيث كان التلف بعد القبض مع كون حق البائع من الأبطال منتشر فى المجموع فيكون التلف منهما.

و فيه أولاً: أنه خلاف المتفاهم العرفى فإنه لو ألقى هذا الكلام لأحد لا يفهم منه إلا كون المستثنى منه ملكاً للمشتري بجميع الخصوصيات بحيث قد ملكه البائع العين بجميع الخصوصيه فلا وجه لكون المستثنى منه أيضاً كلياً.

و ثانياً: يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشتري فى المجموع إلا - بإذن البائع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشتري و كون البقيه بينهما سيان غاية الأمر أن المشتري يضمن للبائع فى حصته فى صورته الإتلاف.

قوله: و يمكن أن يقال ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الأبطال أن كان على عدم الإشاعه.

أقول: هذا هو الوجه من الأجوبه قد أجاب به المصنف على تقديرى الكلى و الإشاعه أما على الأول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري لا - مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فإن الإشكال كان فى حمل

ص: ٣٩١

بيع صاع من الصبره فى المسأله السابقيه فظاهره المنافاه لبيع الثمره و استثناء الأرتال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر فى الحمل على الإشاعه و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما، بل على المشتري فلا يكون هنا تنافى مع المسأله السابقيه مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط فى كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب.

و أما على الثانى فأجاب بأن المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبره إلا صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبه كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبه إليهما على حد سواء فيحسب عليهما، و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

مثلا إذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه إلا عشره أرتال فإن هذه العشره تكون كليه فإذا كانت كليه فتكون المستثنى منه قهرا كليا أيضا فالمال الموجود فى الخارج مشترك بينهما على الإشاعه فيكون التالف عليهما.

و فيه أولا: أنه لا- وجه لكون المستثنى منه كليا إذ البائع كان مالكا للأرتال مع الخصوصيات فإذا باعها من شخص إلا أرتالا معلومه فتكون

الخصوصيات ملكا للمشتري و الأ يلزم أن تبقى مال بلا مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك، فكل ذلك لا يمكن الالتزام به على أن هذا لا يرفع الاشكال و هو أنه على الإشاعه كيف يجوز للمشتري أن يتصرف فى المجموع بلا- إذن البائع الشريك مع انهم أفتوا بجوازه و أنه مع الإلتلاف من المشتري كيف يحسب عليه و يكون حق البائع فى الباقي مع أن مقتضى الشركه كون التالف عليهما و ضمان المشتري على حصه البائع و كونهما شريكين فى الباقي أيضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطر ببالي عاجلا و لعل غيرنا يأتي بأحسن من هذا، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل فى المعاشر.

و بالجمله لم يتحصل لنا من الأ-جوبه التى لاحظناها ما يرفع الاشكال و يوجب جواز الجمع بين حساب التالف عليهما و جواز تصرف المشتري فى المجموع و كون التالف عليه فى صورته إلتلافه فلا بد فى المقام من جواب يجمع بين هذه الأمور الثلاثه.

و الذى ينبغى أن يقال و لعله هو محتمل الجواب الأول للمصنف و أن المستثنى هو الأرتال المعلومه بعنوان الكسر الكلى كما هو الظاهر من اضافته من مجموع ما سلم للمشتري دون مجموع المال و ليس المستثنى هو الكسر المشاع بل الأمر كذلك حتى مع التعبير عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفى منها و ان كان عنوان الكلى منها بنفسها و لكن الارتكاز جار على كونها على أحد النسبه الممكنه فى الصبره كواحد من المائه مثلا مما سلم بحيث يكون الباقي و التالف بينهما سيات و هذا لا ينافى الكليه كما هو واضح.

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلى يتصور فى مرحله الثبوت على أقسام ثلاثة:- الأول الكسر الى المبيع كقولك بعتك نصف الصبره أو ربعها مثلا أو غيرهما من الكسور أن يكون على نحو القضييه الخارجيه فإنه موجود فى هذه الصبره بعنوان الكليه دون الإشاعه فإن ربع هذه الصبره أمر كلى لأنه قابل الانطباق على هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنى أو اليسرى أو الفوق أو التحت،الى غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلى و يكون هو قابل الانطباق عليه من افراد المتصوره.

الثانى: أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضييه الخارجيه، بل بعنوان القضييه الحقيقيه و هذا المعنى و ان لم يجر فى البيع لكونه موجبا للجهاله و الغرر و لكن يمكن جريانه فى باب الوصيه و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا، لأن المعهود فى الوصيه هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما إذا اوصى بأن كلما يكون مالا لى فربعه على نحو الكسر الكلى لفلان، فان هذه قضييه حقيقيه تنطبق على ربع كل مال حصل فى يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكليه لا بنحو الشركه.

الثالث: أن يكون أيضا كليا على نحو القضييه الخارجيه و لكن تكون فى حصه خاصه و هذا أيضا لا يمكن فى البيع للجهاله و الغرر و لكنه موجود فى باب الوصيه جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه فى الوصيه و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الأمر كك فى باب الوصيه غالبا

و الشركه على نحو الإشاعه فيها نادره جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثه على نحو الكسر الكلى بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثه فربعه لزيد على نحو الكلى دون الإشاعه و هذا المعنى كما عرفت موجود فى باب الوصيه فإن من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثه على الإشاعه و لو بقريته الارتكاز و لا أن ربع مجموع المال أعم مما يسلم و مما لا يسلم له و إلا فربما يكون ما يحصل من التركة للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلى الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد فى صحه ذلك الكلام فى هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلاى فى باب الوصيه بل عليه جريان السيره العمليه ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركه على نحو الإشاعه.

و بالجملة الذى ذكرناه لا غبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات فإن غرضنا تصحيح هذا المعنى فقط فى عالم الثبوت ففى مقام الإثبات فيتبع لسان الدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجيه كما فى باب الوصيه و كذلك فيما نحن فيه لشهاده الارتكاز على ذلك.

إذا عرفت ذلك فندعى جريان ذلك فى مسأله الاستثناء فان قول القائل بعتك مجموع الثمره إلا أرتالا معلومه معناه بعتك مجموعها كسرا كليا مما يسلم و هو الواحد فى المائه أو العشره أو أقل أو أكثر، مثلا فيكون عنوان الرطل معرّفا الى ذلك الكسر الكلى ففى الحقيقه أن البائع يستثنى من العشر مثلا واحدا مما يبقى من الثمره للمشتري الذى يسمى كسرا كليا و يجعل عنوان الرطل أو المنّ أو الصاع معرّفا اليه و هذا و ان كان فى نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المنّ أو الرطل و نحوهما فى الكلى فى المعين و حملها على الكسر الكلى على خلاف الظاهر و لكن قامت القرينه

على ما ذكرناه و الارتكاز فإنه قائم على اراده ما ذكرناه من مثل هذا الكلام (بعتك الثمره إلا أرطالا معلومه) فإن الارتكاز العقلاني محقق على أن المراد منه هو الكسر الكلي مما يسلم و يتحصل للمشتري من الثمره دون الشركه و الإشاعه و لا الكلي فى مجموع الثمره بحيث أن ما يسلم للمشتري لو كان بمقدار المستثنى يكون المجموع للبائع، بل هو الكسر الكلي أى حد معين من حد معين كالواحد من المائه مثلا.

و على هذا فنسلم من جميع الإشكالات فإنه لو تلفت الثمره بآفه سماويه يكون التالف عليهما فان حق البائع الكسر الكلي مما سالم للمشتري و التالف خارج بحسب الارتكاز و لو أتلفه المشتري كان حق البائع من الباقي، فإن التالف مما يسلم فهو باختياره أتلفه و يجوز للمشتري التصرف فى مجموع الثمره لأن البائع ليس شريكا فى الثمره حتى يحتاج تصرفه إلى الإجازة و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلي فى عبارته المصنف لكان عين ما ذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلي المستثنى هو الكسر الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كذلك و قد سقط من عبارته و الله العالم، و لا يلزم كون المعامله غرريه أو كون المبيع مجهولا- فان المبيع معلوم و هو مجموع الثمره و ما استثنى من مجموع الثمره أيضا معلوم، فالتلف انما يرد على المستثنى و المستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقي بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح.

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمره هذا البستان إلا عشره أرطالا أن كل واحد من المستثنى و المستثنى منه يتحللان الى الاجزاء فكأنه قال بعتك عشره إلا واحدا فيكون مفاد ذلك أن المستثنى من كل عشره واحده مثلا بنحو الكلي فى المعين و هكذا الى ان ينتهى

كلما يتصور من الاجزاء التحليليه و الفرق بين هذا و الوجه الأول هو أن فى الأول كان المشتري جائز التصرف فى المجموع لأن حق البائع كان كلياً بخلافه هنا فإنه لا- يجوز له التصرف فى المجموع فان المفروض أن الواحد من كل عشره مثلاً- للبائع فبالصرف فى العشره قطعاً ينصرف فى حق البائع أيضاً، و لكن الشرط الضمنى موجود على جواز التصرف فى المجموع.

و على هذا فيرتفع الإشكال أيضاً و يجتمع الأمور الثلاثة أما كون التالف عليهما فما ذكرنا كون المستثنى و المستثنى منه منحلين الى الاجزاء و أن من كل جزء جزء كالواحد من العشره فإذا تلفت العشره فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح.

و أما أنه يجوز للمشتري التصرف فى المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنى على ذلك.

و أما أنه مع إتلاف المشتري من الثمره شيئاً فيكون حق البائع من الباقي فهو أيضاً للشرط الضمنى و هذان الوجهان خصوصاً الثالث على خلاف الظهور بمكان و لكن الذى يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فى مسأله استثناء الأبطال المعلومه من المبيع على نحو لا يكون منافياً لحمل بيع صاع من الصبره على الكلى فى المعين.

ثم لا- يخفى عليك أنه يمكن الجواب بحمل الأبطال على الإشاعه و الجواب عن عدم جواز تصرف المشتري فى المجموع و كون حق البائع من الباقي مع إتلاف المشتري مقداراً منه بالشرط الضمنى كما عرفت فى الوجه الثانى هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتي بما هو أحسن من ذلك كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلاً بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر

عفى الله عن الزلل فى المعائر.

الكلام فى أقسام بيع الصبره

قوله: قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد أن أقسام بيع الصبره عشره.

أقول: حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمسه و بإضافه خمسه أقسام للبيع الصبره المجهوله فتكون الاقسام عشره أما أقسام الصبره المعلومه: - فالأول: أن يبيع مجموع الصبره فهذا لا شبهه فى صحته لانه لا تطرقه شىء من الموانع الموجهه للبطلان.

الثانى: أن يبيع نصفها على نحو الإشاعه.

الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبره، وهذا هو بيع الكلى فى المعين الذى تقدم الكلام فيه مفصلاً، وقلنا انه لا شبهه فى صحته أيضاً.

الرابع: يبيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا و هذا أيضاً لا إشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا شىء هنا يوجب البطلان.

الخامس: أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكره العلامة فى بعض كتبه من الإجازة كأن قال المؤجر أجرتك الدار كل شهر بكذا، و قد وقع مثل هذه الإجازة محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحه أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الأول، فإن صحه الإجازة فى الشهر

متيقن كما ذكره العلامة من صحه الإجازة فى الشهر الأول لتضمن هذا القول اجاره هذا الشهر يقينا و المقام أيضا كذلك فلازم كلامهم فى الإجاره كون البيع صحيحا فى صاع واحد لكونه متيقنا من هذا الكلام من غير أن يقترنه ما يوجب البطلان و أما فى غير صاع الواحد فيحكم بالبطلان لكون المبيع مجهولا إذ لا يعلم أنه أى مقدار فان المبيع هو كل صاع من الصبره أى مقدار منها يريد المشتري و من الواضح أن عنوان كل صاع منها بكذا أمر مجهول، و هكذا فى المعدود و لكن قد حكم شيخنا الأستاذ على البطلان فى كالا- المقامين لان تردد متعلق العقد بين الأقل و الأكثر يقتض الجهل به فيكون العقد فى الشهر الأول أو فى الصاع الواحد صحيحا كما هو واضح على ما عرفت و ليس هذا مثل سابقه فان المبيع فيه مجموع الصبره، و إنما يتعين مقدار الثمن بالصاع فإنه باع مجموع الصبره على حساب كل صاع بكذا كما هو واضح، و هذا بخلافه هنا فان المبيع فى المقام هو كل صاع مع الجهل بأن البائع أى مقدار يريد أن يأخذ منها.

و بالجمله أن مجموع أقسام بيع الصبره صحيحه إلا القسم الخامس فان كل ما يعتبر فى البيع و المبيع من عدم الغرر و الجهاله و وجود الكيل و الوزن و غيرها من الشرائط كلها محققه فيه، و أما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهاله المبيع كما هو واضح.

و أما إذا كانت الصبره مجهوله فيبطل بيع مجموعها للجهاله و الغرر و لاعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود فكلها منتفيه فى ذلك و كذلك يبطل بيع جزء منها فان المجموع إذا كان مجهولا فيكون الجزء منها كالنصف و الربع و التسع أيضا مجهولا و إذا بطل فى المجموع

بطل فى الجزء أيضا و كذلك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فإنه كان فى فرض معلوميه الصبره باطلا فكيف إذا كانت مجهولا.

و أما بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف و شيخنا الأستاذ بالبطلان هنا للجهاله و الغرر و لكن الظاهر هو الصحه هنا لعدم جريان شىء من الموانع فيه أما الغرر فمبنى جزما فان المفروض أن كل من البائع و المشتري عالمان بما يأخذه من الأخر غايه الأمر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه و أى مقدار يخرج منه و أما ان الخارج و الداخلى على سبيل المجازفه ليكون غررا فلا، بل كل من الثمن و المثلن يدخل فى ملك الأخر على ميزانه و من الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه الجهاله موجب للبطالان، و أما سائر الجهات المعتره فى البيع من الكيل و الوزن و العدد و غيرها فكلها موجود فيه، و مع ذلك فأى وجه للحكم بالبطلان، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الأرز بمقدار من الحنطه مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر و لكن النصوص الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون أوجب البطلان.

و بالجمله أن المستفاد من الروايات الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن أن بيع المجازفه باطل، و مقابله عدم المجازفه و من الواضح أن بيع الصبره المجهوله على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملك كل منهما و الداخلى فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غايه الأمر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه و أى مقدار يدخل فى كيسه و هذا مقدار من الجهاله لا دليل على كونها مبطله.

و أما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبره فأىضا لا شبهه فى صحته و ان لم يعلم مقدار الصبره فإن الجهل بها يوجب الجهل بنسبه

المبيع إليها بإحدى الكسور و هذا المقدار من الجهاله لا دليل على كونها موجب للبطلان، كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمس، و أقسامها المجهوله أيضا خمس و يشترك بعضها مع بعض و يفترقان في بعض الأقسام أما بيع الصبره مجموعا على حساب كل صاع بدرهم فلا شبهه في صحته سواء كانت الصبره معلومه أو مجهوله و أما في صورته العلم بمقدار الصبره فواضح و أما مع الجهل بها و ان أشكل فيه المصنف و شيخنا الأستاذ و لكن الظاهر هو الصحه في صورته الجهل أيضا إذ لا دليل على البطلان بوجه كما عرفت و مجرد كون المتبايعين جاهلين بمقدار ما يدخل في كيسهما و يخرج عنه لا يوجب البطلان إذ لا دليل عليه كما عرفت.

و أما بيع كل صاع بكذا من الصبره فلا شبهه في فساده لجهاله المبيع و مجرد كونه معلوما عند الله لا يصح البيع إذ لا يعلم كل منهما أن الثمن و المثلن أى مقدار ففي مثل ذلك لا يعتبر العقلاء الملكيه أيضا فإنه يتوقف على ما يقوم به الإضافه فالمبيع لا يعلم أنه أى مقدار حتى يعتبروا الملكيه عليه نعم فللصحه في صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الكلام كونه متيقن الإراده فيكون معلوما كما هو كذلك في الإجازة أيضا و لا- يفرق في ذلك بين كون الصبره معلومه أو مجهوله فإن المبيع ليس هو مجموع الصبره، بل كل صاع و لا يقاس هذا بصوره بيع الصبره على حساب كل صاع بكذا فان المبيع هو مجموع الصبره و ذكر الصاع لبيان الميزان للثمن و تقديره.

و أما بيع مجموع الصبره أو نصفها أو ثلثها مثلا فلا شبهه في صحته فيما إذا كانت الصبره معلومه إذ ليس فيه شىء مما يوجب البطلان و أما فيما إذا كانت الصبره مجهوله فلا شبهه في البطلان للجهاله و الغرر و كونه

جزاف فلا بد من تقديره بالكيل و الوزن و العد و نحوها.

و أما بيع صاع من الصبره على نحو الكلى فأیضا لا شبهه فى صحته سواء كانت الصبره معلومه أو مجهوله أما فى صورہ العلم بها فواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا و كذا فى صورہ الجهل بها إذ ليس فيه غرر و جهاله الا من جهه نسبه المبيع الى مجموع الصبره أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان.

نعم وقع النزاع فى أنه هل يعتبر فى صحه البيع العلم باشمال الصبره عليه أم لا، ظاهر شيخنا الأستاذ نعم من جهه أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و لكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الأنصارى و ذلك لوجهين:- الأول ما افاده شيخنا الأنصارى من أنه لا- غرر فى ذلك بوجه لا من جهه رفع الغرر بالخيار، بل لعدمه فى نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و توضيح ذلك أنه إذا باع بشرط أنه إذا لم تشمل عليه الصبره فيكون له الخيار فهذا لا شبهه فى صحه و ليس له غررا أصلا فإنه مع عدم ظهوره كك يكون له الخيار، بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فإنه مع عدمه يكون له الخيار و لا يضر التعليق هنا فإنه إنما يضر إذا كان معلقا على أمر خارجى لا على وجود المبيع فإنه ارتكازى ذكر أم لا، فضلا عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيما كان الخيار ثابتا بالتعبد لا بجعل المتعاملين أو بالشروط الضمنيه فإنه يرتفع الغرر بمثل ذلك.

و بالجمله أن المقام نظير ما باع ما يحاذى بمائه دينار بدينارين مع الخيار فإنه ليس له ضرر فى ذلك أصلا لكونه مخيرا فى الإبقاء و الإمضاء،

و انما يكون عليه ضرر إذا باع ككك لزوما و بدون الخيار، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به أصلا لعدم الغرر فيه و ليس مثل بيع الطرفى الهواء و السمك فى الماء فإنه باطل لكونه بيعا منجزا و على كل حال فليس التعليق موجبا للبطالان، فان التعليق على وجود المبيع من الأمور المرتكزه المقطوعه و من الشروط الضمنيه فيكون خارجا عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود.

الثانى: أنك عرفت مرارا أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديده باعتبار انحلال المبيع، و عليه فإذا باع وزنه من الصبره مع الجهل باشمالها عليها فظهر انها غير مشتمله عليها فيكون البيع صحيحا فى المقدار الذى موجود فى الصبره و يبطل فى الباقي فيكون من قبيل ضم الصحيح بالباطل كبيع مال نفسه مع مال غيره و بيع الخل مع الخمر و بيع الغنم مع الخنزير.

و اما ثبوت الخيار و عدم ثبوته للمشتري فيتوقف على أن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده المالىه كمصراعى الباب و جلدى اللمعه و اللغه و جوزى الخف و نحوها أم لا فعلى الأول فيثبت له خيار تبعض الصفقه، و على الثانى فلا، و ذلك لما سيأتى فى باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبيده كخيار المجلس و الحيوان و العيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط و الثانى بكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كالأمثله المتقدمه.

الكلام فى بيع العين على المشاهده السابقه

اشاره

قوله: مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها فان

ص: ٤٠٣

اقتضت العاده تغييرها عن صفاتها السابقه إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع إلا بذكر صفات.

أقول: إذا شاهد العين في زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا؟

فيقع الكلام في مقامين،

أشاره

الأول: في صحة البيع و عدمه، الثاني: في ثبوت الخيار مع التخلف و عدمه.

أما المقام الأول أي في صحة البيع و عدمه

فنقول انه تاره تقتضى العاده بعدم التغير، فلا شبهه في صحه و لا خلاف فيها كما إذا شاهدتها قبل ساعه أو ساعتين فإن العاده جاريه على بقائها على الحاله التي شوهد عليها كما إذا شاهد جاريه قبل شهر فاشترها بعد الشهر، فإن العاده جاريه على بقائها في تلك الحاله الأوليه.

و اخرى أن العاده تقتضى عدم بقائها على الحاله الأوليه كما إذا شاهد الجاريه قبل أربعين سنه في سن عشرين و وجدها جميله و قويه البصر و السمع على الخياطه و سائر الصنائع و بعد مضى الأربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهده فإن العاده جاريه على تغييرها قطعاً و كونها عجوزه نهيبه باليه و ضعيفه البصر و قبيحه المنظره، و هذا لا شبهه في بطلانه أيضاً و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع ما يشك في بقائها على تلك الحاله الأوليه و عدم بقائها لعدم جريان العاده بشيء فيها فهل يجوز البيع هنا، عملاً بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلانيه المتعارفه من غير ذكر شيء من الصفات أم لا؟ فقد حكم المصنف بالصحه للاعتماد على الأصل المذكور و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الأثر لم يترتب على الواقع، بل على إحراز الصفات كانت في الواقع أو لم تكن، فان

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و يرد عليه أنه مخالف لما بنى عليه فى الأصول من قيام الأصول مقام القطع الطريقي المحض و القطع الموضوعى كليهما فتح فلا مانع من ترتب الآثار المترتبة على إحراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن، و لكن الذى يرد على الاستصحاب أن الآثار هنا لا تترتب على الصفات الواقعيه و لا على إحراز الصفات الواقعيه أعنى العلم بكون العين على الصفات التى شوهدت عليها و انما من اللوازم العقليه لا- إحراز الصفات الواقعيه توافقت أم لا؟ و ذلك من جهه أن الأثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم إحراز الصفات الواقعيه لا- من أثارها الشرعيه و عليه فاستصحاب بقاء العين على صفاتها السابقه لا- يثبت عدم الغرر الآ- على القول بالأصل المثبت، و قد قلنا بعدم حجتيه و على هذا فلا يصحّ البيع مع الاكتفاء على المشاهده السابقه مع الشك فى تغيرها و عدم تغيرها هذه هى الجهه الأولى.

الجهه الثانيه: إذا قلنا بصحة المعامله مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه

فإذا ظهر المبيع على خلاف ما شوهد سابقا فهل يحكم بالصحة بدون الخيار أو بالصحة مع الخيار للبائع، فى صورته الزيادة و للمشتري فى صورته النقيصه أو يحكم بالبطلان وجوه، فذكر العلامة (ره) على ما نسب إليه أن البيع يكون باطلا.

فان كان غرضه من ذلك أن البيع انما يقع على الصفات و يبذل الثمن بإزائها كما هو ظاهر الكلام المنسوب اليه من أن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيرد عليه أنه قلنا مرارا أن الثمن لا- يبذل بإزاء الصفات، حتى الصفات التى تعد فى نظر العرف من الصفات النوعيه كصفحه الرجوله و

الأنوئيه و ان كانتا فى الواقع من الاعراض و انما الأوصاف دخيله فى ازدياد الثمن و زياده المالىه فى الموصوف و الذى يقع فى مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

نعم، لو كانت الأوصاف فى الصور النوعيه و وقع البيع بانبا عليها فظهر الخلاف فىكون البيع باطلا لعدم المبيع، فان ما وقع عليه العقد لم يبيع و ما يبيع لم يكن موجودا و هذا غير كون الثمن واقعا فى مقابل الأوصاف.

و ان كان غرضه أن العقد مشروط بالشرط و هو الوصف الذى وقع عليه العقد لأن تخلف الوصف بمنزله تخلف الشرط و مرجع كل منهما إلى الآخر، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط.

و فيه أن فيه خلط واضح بين إطلاقى الشرط فإنه تاره يطلق و يراد منه ما هو جزء العله و من أجزائها الناقصه فهو صحيح، فإن العله لا تؤثر فى المعلول الا بتماميه جميع اجزائها و لكنه غير مربوط بالمقام، فان العقد غير معلق بذلك الوصف بحيث يكون الوصف المذكور من اجزاء علتة، و الأ لبطل من غير ناحيه انتفاء الشرط و هو قيام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود كما هو واضح.

و تاره يطلق و يراد ما به المقصود فى باب المعاملات من اشتراط شىء فى العقد من غير توقف العقد عليه وجودا و عدما بل هو التزام آخر فى ضمن الالتزام العقدى فقد مر مرارا و سيأتى مفصّلا إنشاء الله تعالى أن انتفاء الشروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيار للمشروط له و كيف كان لا- وجه لما احتمله العلامة (ره) من بطلان العقد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهده السابقه و يبقى احتمال الصحه بدون الخيار، و احتمالها مع الخيار و قد يقال بالصحه و اللزوم بدون الخيار، فان الوصف

الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و ان وقع العقد مبتيا عليه كالشروط البنائيه التى لا توجب تخلفها شيئا أصلا.

فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التى تكون مأخوذه فى العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجيه التى لا تؤخذ فى العقد إلا بالذكر فالأوصاف التى المرثيه الدخيله فى صحه البيع من قبيل الأول فحكمها حكم الاشرط فى العقد كما لا يخفى.

و قد أوضحها شيخنا الأستاذ بأن الأوصاف و الشروط على أقسام أربعة:- الأول: أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا فى ضمن العقد و هذا لا إشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار.

الثانى: أن يكون مأخوذا فى العقد بالارتكاز العقلاى و بالدلاله الالتزاميه من غير أن يكون مذكورا فى العقد و هو ما يكون بناء العرف و العاده نوعا عليه كاشترط كون النقد نقد البلد و تساوى المالىن فى المالىه و اشترط عدم كونها معيبا و اشترط التسليم و التسلم و اشترط كون المعامله نقديه و اشترط كون التسليم و التسلم فى بلد العقد فبانتفاء شىء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنيه فلا إشكال فى أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا، فلو قال البائع بعد بيع الحنطه أنا أسلمها فى المزرعه الفلانيه، فإن الحنطه فيها رخصه فلا يسمع بل يثبت الخيار للمشتري لتخلف الشرط الضمنى.

الثالث: ما يتوقف عليه صحه المعامله كالوصف الذى لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الأوصاف النوعيه إلا أنه داخل فى كبرى الحكم فإن بانتفائه ينتفى العقد لأنه إذا فرض كونه مما

يتوقف عليه صحه معامله و من الشروط الراجعه إلى العوضين و فرضنا أن المتعاقدين أوقعا العقد مبتيا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعيه فلا أقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجمله الشروط التي توقف عليها صحه العقد معتبره في العقد و بانتفائها يبطل العقد سواء ذكر في العقد أم لا.

الرابع: الوصف الخارجى الشخصى الذى لا يعتبر فى العقد إلا بالذكر فلا يكفى فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه.

فتحصل أن الأوصاف التى وقع العقد بانها عليها ان كانت من الأوصاف النوعيه أو الأوصاف الشخصيه الدخيله فى صحه العقد عليها فتخرج عن الشروط البنائيه فتدخل فى الالتزام العقدى فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذى يتوقف عليه صحه العقد و ما لا يوجب تخلفه الخيار إلا بالشرط فى العقد هو القسم الرابع أى الوصف الشخصى الخارجى الذى هو أجنبى عن العقد فلا يدخل فيه بالبناء عليه فتحصل أن العقد يصح مع الخيار فإذا تخلف عما هو عليه ثبت له الخيار.

و الحاصل: أنه إذا وقع العقد على المشاهده السابقه فظهر الخلاف فهل يحكم بالصحه أو بالبطلان و مع القول بالصحه هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه، ووجهه، فاختار العلامة البطلان، لان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، و قد أجبنا عنه بأن الواقع قد قصد فان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود و الالتزامات الشرطيه غير الالتزامات العقديه، بل هى داخله فيها فلا يوجب التخلف إلا بالخيار.

و أما القول بالصحه بدون الخيار فمن جهه أن الشروط الغير المذكوره

فى متن العقد غير واجبه الوفاء فلا يوجب تخلفها الخيار.

وقد أجاب عنه الشيخ(ره) بأنه فرق بين الشروط التى يقع العقد بانها عليها أى تسمى بشروط الصحه و بين الشروط الخارجيه الشخصيه فإنه على الأول يوجب التخلف الخيار دون الثانى.

وقد أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن ما يكون دخيلا فى صحه العقد فوق العقد بانها عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجيه المذكوره فى ضمن العقد، بل الأول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثانى.

و ما ذكره الشيخ و المصنف لا- يخلو عن مناقشه صغرى و كبرى. أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه إذا حصل الاطمئنان ببقاء العين على الأوصاف المرثيه من غير أن يبينان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلف يثبت لهما الخيار أما للبائع فى فرض الزيادة و أما للمشتري فى فرض النقيضه فلو كان البناء على الأوصاف السابقه مشروطا فى صحه البيع و عدم البناء موجبا للبطلان، فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام.

و كذلك يصحّ البيع فى هذه الصوره أى مع الاطمئنان بالأوصاف السابقه مع التبرى من جميع ما يوجب الخيار مع أنه لو كان البناء على الأوصاف السابقه شرطا فى صحه البيع لم يصحّ ذلك.

و كذلك لو أخبر البائع بأوصاف المبيع و حصل الاطمئنان للمشتري من قوله فاشترى اطمينا عليه فإنه يصحّ البيع مع أنهما لم يبينان على الأوصاف الدخيله فى صحه البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم.

و كذلك يصحّ البيع مع الاطمئنان مع التبرى من العيوب فإنه أيضا يصحّ

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الأوصاف السابقه بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فإن البائع أسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فإنه مع الاطمئنان يصح البيع مع التبرى منه كما سيأتى فى باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحه البيع فيه من جهه البناء على الأوصاف الدخيله، و هو أن يخبر البائع بكون العين حاويه للأوصاف المذكوره و لكن لم يحصل الاطمئنان من قوله على ذلك، فإنه ح إذا اشترى المشتري تلك العين فلا بد و أن يشتريها مع البناء على الأوصاف المذكوره و الأ- بطل البيع للغرر و ليس للبائع ح التبرى هنا و إسقاط الخيار، فإنه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فما ذكره المصنف و شيخنا الأستاذ صحيح فى هذه الصوره فقط و أما صورتين الأولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا- نعقل معنى الاشتراط شىء فى العقد إلا كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فإنه لا معنى للتقييد بوجه فإنه إنما يتصور إذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطه الكليه تاره على نحو الإطلاق و أخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعه الفلانيه و أما الأمر الجزئى فلا يعقل أن يكون مقيدا و مضيقا لادن وجوده فى الخارج آخر مرتبه من التضييق و عليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس إلا لحاظ الشرط بنفسه فهو بديهى البطلان أو كان الشرط ملحوظا بنفسه فإنه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فإنه لا معنى لاعتبار ذات الشرط فى العقد و كونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختياري كوصف الكتابه و الخياطه و نحوها فإن البائع لا يبيع

الشرط ليعتبر ذاته فيه و لا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون إنشاء البيع على تقدير الشرط المعهود و الالم بيع أصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثانى: فهو المطلوب فيكون معنى الشرط فى العقد هو كونه مشروطا بشرط اى كون الالتزام العقدى منوطا بالالتزام الشرطى لا أن يكون دائرا مداره وجودا و عندما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعتبر عنه فى لغه الفارس (استادن) و هذا هو المعنى اللغوى للشرط كما ذكره فى القاموس و من هنا يقال للحبل الذى يشد به العدلين على الإبل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجمله معنى الشرط فى العقود ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى من غير أن يتوقف أصل الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى و يتوقف الوقوف إلى الأبد بالالتزام العقدى على وقوف المشروط عليه و بالالتزام الشرطى.

و هذا المعنى من الشرط جار فى جميع الشروط فان غيره اما غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحه العقد أو من الشروط الخارجيه الشخصيه و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلا وجه لجعل البناء على بعض الأوصاف شرطا و ان كان ذكر فى بعضها الآخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط فى جميع الشروط و ان كان الذكر معتبر أو لازما و شرطا فهو كك فى جميعها فلا معنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا فى بعضها أولى من ذكر بعضها الآخر فى العقد فالكبرى الذى ذكره المصنف و أوضحه شيخنا الأستاذ ليس بتمام.

و بالجمله فما ذكره المصنف من كون البناء على الأوصاف الدخيله فى صحه البيع شرطا فى صحه البيع فان البيع لا يصح الا مبنيًا عليها و الا فيكون باطلا دون الأوصاف الخارجيه فلا وجه له كما عرفت.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الأوصاف المذكوره شرطا فى صحه العقد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائي و التزام عرفي على اعتبار بعض الأوصاف فى المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلاله الالتزاميه و كونها معتبره فيه فلا شبهه فى اعتبارها فيه و كون تخلفها موجبا للخيار ككون المالين متساويين فى المالىه و كون التسليم و التسلم فى بلد العقد و كون النقد نقد البلد و هكذا فان بناء العقلاء و ارتكازاتهم فى أمثالها على كون العقد مشروطا بتلك الأمور و أمثالها سواء ذكرت فى العقد أم لا- و سواء بنى المتعاملان عليها أم لا- بل هى معتبره فى العقد حتى مع الغفله عنها حين البيع فان الارتكاز قرينه قطعيه على ذلك و قائمه مقام الذكر و هكذا فى كل مورد قامت القرينه على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائي و الدلالات الالتزاميه فيكون تخلفها موجبا للخيار.

و أما فى غير تلك الموارد فان اشترط فى متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر فى العقد فالعقد لازم و غير مشروط بشيء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا، إذ لم تقم قرينه على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى.

لو اختلفا البائع و المشتري في تغير أوصاف المبيع

قوله (ره): فرعان:

الأول: لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري.

أقول: لو وقع البيع على المشاهده السابقه فوقع الخلاف بين البائع و المشتري حين القبض و الإقباض فقال البائع قد عاملنا عليها على هذه الصفه و كنت أنت عالما بها و ادعى المشتري أنها تغيرت و لم أكن عالما بها مثلا- إذا كان المبيع حيوانا فيقول المشتري أنه كان سمينا فيقول البائع أنه كان هزولا و وقع البيع عليه ككك مع علم منك عليه.

فهل يقدم قول البائع أو قول المشتري فقد وقع الخلاف في تقريب أن الأصل مع البائع ليكون منكرا و يكون المشتري مدعيا أو الأصل مع المشتري ليكون منكرا و البائع مدعيا و قد استدل على تقديم قول المشتري،

و دعوى

كون الأصل معه بوجوه كلها مخدوشه كما ذكره المصنف.

الأول: ما ذكره ابن إدريس في السرائر من أن المشتري هو الذي ينتزع

منه الثمن و لا ينتزل منه إلا بإقراره أو بينه تقوم عليه،

انتهى و تبعه العلامة في أيضا في صورته الاختلاف في أوصاف المبيع إذا لم يسبقه برؤيه، حيث تمسك بأصالة براءة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما يتقربه أو يثبت بالبينه.

و أجاب عنه المصنف بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانه غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد، و يؤيد ما ذكره أنه لو أسقط خياره بالفعل الذي يدعيه كان البيع لازما.

ثم قال الا أن يقال أن وجود الناقل لا يكفي في سلطنه البائع على

ص: ٤١٣

الثلث بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثلث و المثلث في مده الخيار و ان تسلّم الآخر و ح فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنه البائع على أخذ الثلث فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصاله عدم سبب الخيار لو تم كما سيجي.

و قد فرق الأستاذ بين الخيارات الزماني المعجول لذى الخيار إرفاقا و بين غيرها فحكم بتماميه القول بتقديم قول المشتري في مقام الاختلاف في الأول دون الثاني و حمل كلام العلامة على الأول، و ذكر أن المصنف و ان أورد عليه بقوله اني لا أجد لهذا الحكم وجهها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه إلا أنه يظهر منه في خيار المجلس الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف و السلم فثمره الخيار واضح، و هي عدم وجوب التقابض حيث استظهر من كلامه عدم وجوب التقابض و التسليم و التسلم في موارد خيار المجلس فكأنه مسلم في كل مورد لم يجب التقابض و انما أنكر شيخنا الأستاذ عدم تماميه المطلب في المقام لعدم كونه من الخيارات الزمانيه و لذا حمل كلام العلامة على غير المقام من خيار المجلس، و ما يكون الخيار بالشرط في زمان.

و الحاصل أن شيخنا الأستاذ تسلّم عدم وجوب التسليم و التسلم في زمن الخيار لكن لا فيما نحن فيه، بل في الخيارات زمانه، و أما في مثل المقام فحكم بعدم جواز المنع عنهما.

أقول: لو سلّمنا ثبوت الخيار في معاملته فلا يدل ذلك على جواز منع ذى الخيار عن تسليم الثلث أو المثلث بل له اعمال الخيار فقط في فسخ العقد و بعد ما فسخ العقد له المنع عن تسليم العوض و أما قبل اعمال

الخيار فلا يجوز له المنع عن التسليم، فإنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام، فما ذكره العلامة (ره) من عدم نسبه الخلاف إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في مده الخيار لا يمكن تصديقه.

و كذلك لا وجه لما ادّعه الأستاذ من التفصيل فإنه مجرد الدعوى و دعوى التسالم عليه محاله مضافا الى عدم حجته و كونه مخالفا للقواعد من حرمة التصرف في مال الغير إلا باذنه.

و العجب منه (ره) حيث استظهر من كلام المصنف اختياره ذلك من التعبير بلو بمعنى أنه مع القول بوجوب التقابض في عقد الصرف و السلم فأثر الخيار واضح أى لكل ذى خيار أن لا يسلم الثمن أو المثمن فيعلم من هذه العبارة أن في موارد الخيار الزمانى لا يجب التسليم و التسلم و لذا ذكر المصنف أنه لو قيل بوجوب التقابض فأثر الخيار ظاهر فإنه يهدم الوجوب و يرفعه.

و وجه العجب أن مورد كلام المصنف أجنبى عن المقام فإنه محل للتعبير بلو فإنه لا تحصل الملكيه قبل التقابض أصلا و لذا حكم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخيار لعدم حصول الملكيه قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملكيه فكيف تحصل الملكيه بدونه و هذا بخلاف المقام فإن الملكيه قد حصلت غايته فلذى الخيار فسخها، و أما الممانعه عن التسليم فلا، لما عرفت من كونه تصرفا في مال الغير فهو حرام على أن دليل أخص من المدعى فإنه انما يتم فيما إذا كان الثمن في يد المشتري و أما إذا كان دينا في ذمه البائع فسقط بالمعامله أو عينا مستأجره أو عاريه في يده أو مغصوبه، فإنه في هذه الصور ليس للمشتري يد على الثمن حتى يقال أنه لا ينتزع منه إلا بالبينه

أو بالإقرار وقد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به، بل غاية الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل حال لبطلان العقد.

الوجه الثاني: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود

و الرضا به و الأصل عدمه

و قد استدل بهذا العلامة في التذكرة و أشكل عليه المصنف أولا بإمكان قلب الدعوى بأن يجعل المشتري مدّعا و البائع منكرا بدعوى أن الأصل عدم علم المشتري بالوصف الآخر كما إذا فرضنا أن البائع يقول بعتك هذا الحيوان بهذا الوصف الهزال مع علمك به و المشتري يقول اشترت منك هذا مع وصف السمن فحيث انه يدعى وصف السمن فيكون مدّعا و الآخر يكون منكرا أى البائع.

و ثانيا: أن علم المشتري بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فيه، و عدمه فيه سابقا، فإذا نفينا وجود الوصف بالأصل فلا تصل النوبة إلى أصاله عدم علم المشتري أو البائع بشيء من تلك الأوصاف و قد ناقش شيخنا الأستاذ في الجواب الثاني، و لكن تسلم الجواب الأول.

و الظاهر أن كل ذلك خارج عن المقام فان ما هو المقصود في المقام هو اشتراط العقد بشيء و عدم اشتراطه به، و كك تقييد المبيع و عدم تقييده فإجراء أصاله عدم علم كل من المشتري أو البائع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا يقيدنا بوجه الأ- على القول بالأصل المثبت فان لازم عدم علم المشتري بوصف الهزال هو كون العقد مقيدا بوصف السمن مثلا- و كذلك لازم عدم علم البائع بوصف السمن كون وصف الهزال قيدا للمبيع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف و عدمه إياه خارج عن المقام أصلا.

و أما دعوى السببيه و المسيبيه فهو أعجب من ذلك فإنه لا يفيدنا مجرد السببيه و المسيبيه فى جريان أصليهما و لا يمكن رفع موضوع الأصل المسيبى بالأصل السببى بمجرد صدق الاسم، بل لا بدّ من كون الأثر شرعياً، أى ارتفاع المسيبى أثراً شرعياً للأصل السببى فى المقام أن عدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شرطاً إلاّ باللوازم العقليه كما هو واضح فلا مرتفع لمنع الأصل المسيبى بالسببى، نعم إذا كان الأثر مترتباً على العلم فيصح ذلك كما هو كك فى مورد خيار العيب حيث ان الخيار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفي العلم بالعيب يرتفع الخيار و أما فى المقام فالأثر مترتب على اشتراط العقد و تقييده فأصالة عدم علم أحدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالأصل المثبت.

و بالجمله أن ما افاده من الأول إلى الآخر لا يمكن المساعده عليه.

الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدل

به المحقق الثانى.

و قد أجاب عنه المصنف بان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعاً و لذا يجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد، ثم قال و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع.

و قد أجاب المصنف عن أصل مسأله الاختلاف بما حاصله أن بناء المتعاقدين حين العقد على الأوصاف الملحوظه حين المشاهده هل هو (أى البناء) كاشتراط تلك الأوصاف فى العقد بحيث تكون كالشروط المضمرة فى نفس المتعاقدين أو أن تلك الأوصاف مأخوذه فى نفس المعقود عليه بأن يكون المبيع مقيداً و لذا لا يجوز إلغائها فى المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط فى العقد.

ص: ٤١٧

فعلى الأول: يرجع النزاع فى تقييد المبيع بالوصف و عدم تقيده به الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود حين التسليم و المرافعه على البائع و عدم اشتراطه عليه و اذن فالأصل مع البائع لأصالة عدم الاشتراط.

و على الثانى: فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الأصل عدمه، و لكن الظاهر هو الثانى فإن المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذه فى المبيع، و اذن فالأصل مع البائع كما ذكرناه.

ثم أورد على نفسه بأن أصالة عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشتري معارضه بأصالة عدم وقوع العقد على الشىء الموصوف بالصفه المفقوده فلا يكون أثر للأصل فى طرف البائع.

و أجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا و قد تقرر فى الأصول أن إثبات أحد الضدين بنفى الضد الآخر من الأصول المثبتة.

و بالجمله أن مرجع النزاع الى رجوع الموصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين.

و تحقيق الكلام يقع فى جهتين الأولى: من حيث الكبرى من انه يقدم قول البائع فى صوره الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشتري، الثانى: من حيث الصغرى و هو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط.

أما الجهه الاولى: فلا شبهه أن كل من يدعى الاشتراط فأصالة عدم

فبأصالة عدم الاشتراط نفيه فيكون الأصل مع الآخر لأن الأصل عدم تقييد العقد بشرط و على هذا فلو ادعى كل منهما الاشتراط فيجربى الأصل فى كلا الطرفين، فيكون المورد من قبيل التداعى و لا- يفرق فى ذلك بين أن يدعى كل منهما الاشتراط مع الاعتراف بجماع واحد أم لا- مثلا إذا باع أحد حيوانا من شخص ثم اختلفا، فقال البائع انه كان مهزولا و قال المشتري أنه كان سمينا فإن الأصل يجربى فى كل منهما فيكون المورد من قبيل التداعى.

و كذلك إذا ادعى البائع المبيع ثوب و ادعى المشتري أنه حيوان، أو ادعى البائع أن المبيع عبد و ادعى المشتري أنه جاريه فإن الأصل فى ذلك كله عدم وقوع البيع بكل منهما فيكون من قبيل التداعى هذا كله إذا كان يدعى كل منهما الاشتراط.

و بالجمله ان كل من يدعى شرطا على الآخر من المتبايعين، فالأصل عدمه كما ذكره المصنف، فان كان المدعى أحدهما فقط فيكون الأصل مع الآخر و ان كان كليهما مدعيا اما مع الاتفاق على المبيع أو مع الاختلاف فيه، فالرورد هو مورد التداعى كما لا يخفى.

و أما إذا كان أحدهما يدعى الإطلاع و الآخر يدعى التقييد بان يدعى البائع كون المبيع حنطه كليه و يدعى المشتري كونه من حنطه المزرعه الفلانيه فالظاهر هنا أيضا هو تعارض الأصول حتى بناء على جريان العدم الأزلى فى ناحيه المقيد و تحقيق ذلك أنك قد عرفت فى علم الأصول فى مبحث التعبدى و التوصلى و غيره أن الإهمال فى الواقع مستحيل فلا بدّ و ان يكون الملحوظ اما مطلقا أو مقيدا، و على كل تقدير فكل منهما أمر وجودى فى مقام الثبوت و محتاج الى اللحاظ و ان الإطلاع فى مقام الإثبات أمرا عدميا و هو عدم التقييد و على هذا فيكون الأصل فى كل من الإطلاع و

التقييد جاريا و نافيا له فيقال انّ العقد حين ما وجد فالأصل عدم وجوده مطلقا و كذا أن الأصل عدم وجوده مقيدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما لاستصحاب العدم المحمولى فواضح، فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالإطلاق، و كذلك فى الآخر أن الأصل عدم اتصافه بالتقييد فيتعارضان، و أما استصحاب العدم الأزلى النعتى فكك فإنه يقال الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مطلقا و كذلك فى طرف التقييد أن الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هو واضح.

و إذا فيحكم بالانفاساخ.

و أما الكلام من حيث الصغرى فنقول قد تقدم الكلام فى ذلك أن القيود إنما تجرى فى مورد يكون المقيد قابلا للتقييد و التضييق و عليه فمحط القيود بأجمعها هو الأمور الكليه القابله للتضييق بحيث كلما قيّدت زادت تضييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعه و أما الأمور الجزئيه فليست قابله للتضييق أصلا، إلاّ باعتبار الحالات كأن يقول ان كان هذا زيدا فأكرمه فان الشخص الخارجى و الوجود فيه آخر مرتبه من التضييق و التقييد فلا مرتبه له فوقه و عليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلا بدّ من إرجاعها إلى الشروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشروط لا معنى له، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و إرجاعها إلى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قابليه الأمور الجزئيه للتقييد و إرجاعه إلى نفس البيع بحيث يبيع على تقدير كونه من حنطه المزرعه الفلانيه و الآ فلا يبيع فهو باطل إجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود.

فلم يبق إلاّ الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالترام آخر و

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصل أن مقتضى القاعده هو الاشتراط، دون التقييد.

و بالجمله أن فائده التقييد فى الأمور الكليه ظاهره و هى تضيق دائره الكلى و إسقاطه عن التوسعه و أما فى الأمور الجزئيه فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعيه فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه.

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضيق الدائره فقد عرفت أنه لا معنى له.

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل و اما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا- معنى لما عرفت أنه لا- معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا مناص من إرجاعه إلى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط.

و كان الكلام فى العين الشخصى إذا وقعت معامله عليها ثم اختلف البائع و المشتري فى تغييرها و عدم تغييرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فإنه أمر غير اختيارى للبائع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتباً و خياطاً و نجاراً أو باع الحنطه و التزم بأنه من المزرعه الفلانيه و هكذا و على هذا فيدور الأمر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به أو تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتاره يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعيه فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود و أخرى يكون من قبيل التعليق

بالأوصاف الخارجيه كأن باع إذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتباً أو كانت الحنطه من المزرعه الفلانيه و نحو ذلك فهذا لا إشكال فى بطلانه لكونه من التعليق الذى كان باطلاً بالإجماع.

فلم يبق فى البين إلا تعليق الخيار على الوصف الذى اعتبر فى المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدى مشروطاً بكون الثمن كذا أو اشترى المشتري العبد و التزم بالالتزام العقدى مشروطاً بكونه كاتباً أو من الأرز الفلانى أو بكون الحنطه المزرعه الفلانيه و نحو ذلك.

فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف فى المبيع الى الاشتراط و عليه فإذا شك فى اشتراط وصف أو شرط فى العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه، فالأصل عدمه و على هذا فلو ادعى المشتري كون العين المبيعه متغيره و غير باقيه على ما شوهد عليه و أنكره البائع فمرجه إلى أنه هل جعل للمشتري خيار فى هذا العقد أم لا، فالأصل عدمه و اذن فالأصل مع البائع و من هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصالة اللزوم اى استصحاب بقاء كل من الثمن و المثلث على ملك صاحبه و عدم كون العقد خيارياً لا أصالة اللزوم المستفاد من العمومات فإنه من التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه لأننا نشك فى دخول المورد الذى نشك فى كونه خيارياً أم لا، داخلًا تحت العمومات الداله على اللزوم أو أدله خيار الشرط، فإثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه.

فلا مجال بعد ما نقحناه لما أفاده المصنف (ره) من حكمه أصالة عدم وصول حق المشتري عليه على أصالة اللزوم و تطويل الكلام فى ذلك و فى عدم صحه التمسك بأصالة اللزوم نقضاً.

قوله: و لو ادعى البائع الزيادة الموجبه لخيار البائع.

فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

أقول: هذا هو عكس ما تقدم الكلام فيه و توضيح ذلك أنه لو ادعى البائع أن العين صارت بعد المشاهدة سميته و أنكره المشتري و قال انها كانت سميته من الأول فقد ظهر من جميع ما تلوناه عليك أن القول قول البائع فإن مرجع دعوى كون العين متغيره من حاله الهزاليه بعد المشاهده و ضرورتها سميته إلى دعوى ثبوت الخيار للبائع، فالأصل عدمه و أن العقد غير خيارى أو أن الأصل بقاء العين على الوصف السابق فلا يفرق فى ترتب ما نريده من الأثر بين استصحاب بقاء العين على الوصف الذى شوهه و بين الاستصحاب عدم السمن كما تقدم فى عكسه، و عليه فالمرجع إلى أصاله اللزوم أى قاعده اللزوم المتقدمه لا الرجوع الى العمومات الداله على اللزوم فإنه من التمسك بالعام فى الشبهات المصادقيه.

و من هنا ظهر أن ما ذكره المصنف هنا أيضا لا يتم.

قوله (ره): الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهده و وقوع العقد

على الوصف المشاهد

و اختلفا فى تقدم التغير على المبيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصاله عدم تقدم البيع و التغير.

أقول: كان الكلام فى المسأله السابقه فى اختلاف البائع و المشتري فى أصل التغير و فى هذه المسأله كلامنا فى اختلافهما فى كونه بعد البيع أو تسالهما على أصل التغير.

فنقول: إذا اختلفا البائع و المشتري فى ذلك فقال المشتري أن العين صارت مهزوله بعد المشاهده و قبل البيع فلى الخيار فى فسخ العقد لتخلف

الوصف لحصول التغير فى ملك البائع و قال البائع ان الفرس الذى هو مبيع و ان صار مهزولا الا ان الهزال قد حصل بعد البيع فليس لك للمشتري الخيار، سياى الكلام فى باب الخيارات إنشاء الله تعالى ان تخلف الأوصاف و غيرها قبل القبض هل تحسب على البائع لعموم قاعده التلف قبل القبض من مال البائع بحيث يقال ان الأوصاف أيضا ملك للبائع بتبع العين فإذا تلف كان على البائع أو أن تلف الأوصاف تابع للملك و من الواضح أن العين ملك للمشتري فتلف الأوصاف يحسب عليه غايه الأمر أن تلف العين يحسب على البائع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعباره أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البائع حكما ثابتا على خلاف القاعده بالنص فلا بد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى الى تلف الأوصاف، و ان كان على طبق القاعده فيكون تلف الأوصاف أيضا على البائع فكيف كان فسياى تفصيل ذلك فى باب الخيارات.

فعلى القول بتسريه القاعده إلى تلف الأوصاف فلا ثمره للنزاع فى أن التغير حصل قبل القبض أو بعده و على القول بعدم التسريه كما هو الحق لعدم المقتضى للتسريه فلا بد من النزاع فى ان التغير حصل قبل العقد أو بعده و كيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلا حادثان أحدهما وقوع البيع و الثانى حصول الهزال، و لكن لا يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن أيًا منهما مقدم و أن أيًا منهما متأخر، فحيث أن مرجع الأصلين إلى أصله عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصله 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 أصله بقاء السمن لا يثبت وصول السمن كما أن أصله عدم

وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصله عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسأله السابقه فلا فرق بين المسألتين من حيث النتيجة.

نعم الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك ناش عن الشك في نفس الحق و هنا ناش عن الشك في وصول الحق المعلوم.

و بعبارة أخرى الشك هناك في حقه الواصل و هنا في وصول حقه، فمقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم و عدم وصول حق المشتري اليه و من هنا ظهر الحال لو كان مدعى الخيار هو البائع.

أقول: لا حق للمشتري غير ذات المبيع الذى وصل اليه حتى نشك في وصوله اليه فتمسك بأصله عدم وصوله اليه فيكون حاكما على أصله اللزوم، و عليه فدعوى المشتري كون العين مهزوله بعد المشاهده و قبل البيع أو قبل القبض يرجع الى دعوى الخيار لنفسه في العقد لكون العين مهزوله فالأصل عدمه و أن العقد ليس بمشروط بشيء و اذن فأصله اللزوم محكمه أى بمعنى استصحاب بقاء الثمن في ملك البائع و بقاء الثمن في ملك المشتري و كون لازما و عدم ثبوت الخيار فيه المسمى بقاعده اللزوم لا أن المراد منها هو التمسك بالعمومات الداله على اللزوم لكون الشبهه مصداقيه.

و من هنا ظهر حكم ما لو انعكس الأمر بأن ادعى البائع الخيار على نفسه بأن ادعى كون العين مهزوله حين المشاهده و سمينه بعدها و قبل البيع فله الخيار و من هنا ظهر أيضا أن الأصل عدم الخيار للبائع و عدم كون العقد مشروطا بشرط فتكون أصله اللزوم محكمه كما لا يخفى.

لو اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره عنه

قوله: و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه.

أقول: إذا اختلف البائع و المشتري في العين المشاهده بعد التلف فقال البائع أنها تلفت بعد القبض و قال المشتري أنها تلفت قبل القبض

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البائع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصاله عدم تأثير البيع.

أقول:و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعيه أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضة أم ليست بمعارضة،بل اقتصر على الاستصحاب الحكمى.

و لكن شيخنا الأستاذ حكم بأن الأصول الموضوعيه الجاربه لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبتة معارضة بالمثل فى مجهولى التاريخ و الجارى لأحدهما فيما إذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهوله مثبت فيشك فى تأثير البيع فتصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشتري أقول:تحقيق الكلام فى موردين:-الأول:فيما تحقق القبض فى الخارج أو ما فى حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البائع ثوبا من المشتري و جعله أمانه عنده أو كان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه و وجداه تالفا فاختلفا فى تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشىء المعدوم و قال البائع أن التلف بعد البيع فى غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشىء الموجود.

الثانى:ما لم يتحقق قبض فى الخارج أو فى حكم قبض المشتري كقبض و كيله و لكن تحقق التخليه بين البائع و بين العين فيما يكفى فى قبضه التخليه كتسليم مفتاح الدار و إلقاء عنان الفرس إلى المشتري بحيث لم يكن مانع من أخذ المشتري و تسلطه على المبيع ثم اختلف البائع و المشتري فقال البائع أنها تلفت بعد البيع،و قال المشتري أنها تلفت قبل البيع.

أما الكلام فى المقام الأول:فالحق فيه ما ذكره المصنف(ره)من التمسك بالاستصحاب الحكمى و بيان ذلك أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

المبيع الى زمان البيع فالحكم بوقوعه على المبيع الموجود و الحكم بصحة البيع لأنه كسائر الموضوعات المركبه التي ثبت أحد جزئها بالأصل، و الآخر بالوجدان، فان البيع هنا في زمان الوجدان كما هو المفروض لاتفاقهما عليه و الجزء الآخر أعنى وقوع البيع على الشيء الموجود محرز بالأصل فيحكم بصحة البيع و يلزم المشتري بإعطاء الثمن و نظير ذلك ما إذا شك في بقاء العبد و موته فإنه لو عتقه يصح عتقه و يكفى عن الكفارات فان بقاءه إلى زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هكذا و هكذا و لكنه معارض بأصل آخر و هو أصالة عدم وقوع البيع على المبيع الموجود الى زمان التلف فهذا الأصل و ان لم يثبت وقوع البيع على المبيع المعدوم الآ- على القول بالأصل المثبت و لكن هذا المقدار يكفى في ترتب الأثر و هو عدم تحقق البيع على الموجود.

و اذن تصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو استصحاب بقاء الثمن فى ملك المشتري و عدم تحقق ما يخرج عن ملكه كما هو واضح.

ثم ان تصل النوبه إلى الاستصحاب الحكمى إذا قلنا بعدم جريانه فى مجهولى التاريخ على الخلاف بيننا و بين صاحب الكفايه و كذلك إذا قلنا بجريانه فيهما معا فيما إذا كان التاريخ أحدهما معلوما و الآخر مجهولا و لكن يسقطان بالمعارضه كما اختارناه فى علم الأصول و قلنا ان الاستصحاب يجرى فى كل من معلومى التاريخ و مجهوله معا و لكن يسقطان بالمعارضه.

و أما على مسلك الشيخ و الأستاذ من التفصيل بين معلومى التاريخ و اختصاص جريانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلا يقع التعارض و لا يسقطان بالمعارضه لأنه فرع جريانهما معا و على الاجمال فلا بدّ لهما من التفصيل فى المقام كما هو مبناهما فى الأصول.

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخليه فى الخارج فيما يكفى فى قبضه التخليه كتسلم مفتاح الدار أو البستان و إلقاء عنان الفرس أو الثوب إلى المشتري و تلفت العين ثم اختلفا فى كون التلف قبل البيع أو بعده ففى المقام على جميع التقابير من جريان الاستصحاب فى مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفليه و من جريانه فى ما إذا كان أحدهما معلوما و الآخر مجهولا و سقوط الأصلين بالمعارضه كما عليه المبنى أو قلنا بعدم جريانه فى معلوم التاريخ و جريانه فى مجهول التاريخ كما هو مذهب المصنف و شيخنا الأستاذ فى مبحث الأصول فلا يترتب على شىء منها أثر بحيث يحكم بصحه البيع على المشتري و يلزم المشتري على إعطاء الثمن.

و الوجه فى ذلك كله أن غايه ما يترتب على جريان الأصل هو صحه العقد و البيع و هو لا يفيد إلا مع تحقق القبض فالأصل عدمه.

و بعبارة أخرى ففى هنا أمور ثلاثه التلف و البيع و القبض و إذا أثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف على الترتيب المتقدم من إثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا يكفى ذلك بدون تحقق القبض فإن أصاله عدم تحققه محكمه كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع فى مقامين:الأول:مع تحقق التخليه من البائع فيما يكفى قبضه التخليه، و قلنا ان المرجع فيه أصاله عدم تحقق القبض و بقاء مال المشتري فى ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و إثباته فى الخارج بالأصل و الوجدان، فان تحقق البيع لا- يثبت تحقق القبض الا على القول بالأصول المثبتة على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الإنشاء كما سيأتى.

و أما الجبهه الثانيه:فقلنا ان الأصول بناء على جريانه فى مجهولى التاريخ و فيما إذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الآخر مجهولا، معارضه فتصل النوبه إلى أصله بقاء مال المشتري فى ملكه كما ذكره المصنف (ره)و ذكرنا أيضا ان جريان الأصل فى كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الأصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الأنصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبه الى الأصل الحكيمى من أصله بقاء الثمن فى ملك المشتري و على مسلك المصنف فلا بد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلغ مجهول التاريخ،فنستصحب عدم التلغ الى زمان البيع فنحكم بالصحه كما تقدم و على تقدير كون التلغ معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الأصل عدم وقوع البيع الى زمان التلغ فينتج البطلان،فلا يمكن الحكم بكون الأصل بقاء مال المشتري فى ملكه.

هذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصحاب لا يجرى مطلقا،فان جواز البيع و عدم جوازه أى إمضائه و عدمه من الأحكام الشرعيه فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين.

و أما أصل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبار ملكيه كل من العوضين لكل من المتبايعين و إظهاره بمبرز فى الخارج بحيث يرى العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى و الإنشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبار النفسانى و من الواضح أن العقلاء انما يعتبرون البيع فيما إذا كان للمبيع وجود خارجى أو كليتا بحيث اعتبر العقلاء ملكيته و صحه وقوع البيع عليه فى اعتبارهم و مع عدمه فلا يتحقق مفهوم البيع أصلا فإنه لا معنى لبيع المعدوم.

و بعبارة أخرى أن وجود المبيع دخیل فتحقق البیع فی اعتبار العقلاء فمع العلم بعدم البیع لا يقع علیه البیع فإنه من قبیل المعدوم فلا- یعتبرون البیع الواقع علی المعدوم بیعا فی نظرهم و ما اعتبره البیع فی نفسه و أظهر بالمظهر الخارجی لغو محض فإنه صوره اعتبار البیع لا أنه یبع حقیقه فأنا و ان قلنا أن البیع متقوم بأمرین أحدهما الاعتبار النفسانی و الثانی إظهاره بمظهر خارجی و لكن ذلك انما یتحقق مع وفق الاعتبار لما فی الخارج و وجود المطابق له فی الخارج، و علی هذا فلو شككنا فی تحقق البیع من جهة الشك فی وجود المبيع حين البیع فالأصل عدمه.

و تحقق الإنشاء و ان كان مسلماً و لكنه ليس بیع و ح فالحکم هو أصاله بقاء الثمن فی ملک المشتري كما أفاد المصنف(ره) و من هنا ظهر الحکم فی سائر العقود و الإيقاعات فإذا شك فی موت العبد و بقاءه و أعتقه فلا یصح تصحیح العتق باستصحاب بقاء العبد الى زمان العتق و وقوع العتق علیه فان ما تحقق قطعاً هو الإنشاء و أما حقیقه العتق فهو مشکوک، فإنه یعتبر فی وجود المعتق و هو مشکوک فلعل العتق وقع علی المعدوم، فلا- یعتبرونه العقلاء عتقا فالأصل عدم تحققه فلا یکفی من الکفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فی سائر العقود و الإيقاعات و لو شك بعد الطلاق فی بقاء الزوجیه أو بعد الإجاره فی بقاء الدار فلا یمکن تصحیح ذلك بأصاله الصحة لاحتمال مجرد الصدق الواقعیه و قد یقال بصحة البیع تمسکا بأصاله الصحة للشك فی بعض شروط و هو وجود المبيع و انما مورد أصاله الصحة هو ذلك.

و یرد علیه وجوه:الأول: أن أصاله الصحة لیست إلا هی قاعده الفراغ غایه الأمر أن قاعده الفراغ تجری فی فعل شخص الإنسان و أصاله الصحة

تجرى فى فعل الغير و ذكرنا فى قاعده الفراغ أنها انما تجرى فى موارد تكون صوره العمل محفوظه كما عبر بذلك شيخنا الأستاذ و أما فيما لم تكن صوره العمل محفوظه فلا مورد لقاعده الفراغ و كذلك لا مورد لقاعده أصاله الصحه مثلا إذ شك المتوضى بعد وضوئه أن ما كان يتوضأ به كان ماء أو شيئا آخر من المائعات التى لا يجوز التوضى بها فإنه لا تجرى فيها قاعده الفراغ لعدم الحفاظ صوره العمل و انما تحمل مجرد الصدفة الواقعيه فقط نعم مورد قاعده الفراغ ما إذا كان هنا مائتان و توضأ من أحدهما كان أحدهما مما يجوز التوضى به و الآخر لا يجوز ثم شك فى أنه كان من الذى يجوز التوضى به أو من الذى لا يجوز فبقاعده الفراغ يحكم بالصحه و يكون التوضى من الذى يجوز التوضى به و كذلك فى قاعده الصحه إذا شكنا فى ما فعله المتبايعان هو حقيقه بيع أو صوره بيع فإنه لا- يمكن بأصاله الصحه إثبات كون الواقع بيعا حقيقه بمجرد احتمال الصدفة الواقعيه و كذلك فيما إذا احتملنا أنه قال أنت طالق و لكن نحتمل أنه قاله لزوجته أو لأ-جنيبه فلا- يمكن حمله على الطلاق الصحيح بأصاله الصحه.

نعم إذا أحرز أنه طلق زوجته و أحرزنا صوره العمل أى الطلاق بالزوجه و لكنه نشك فى صحته و فساده فنحمل على الصحه و كذلك إذا رأينا أن أحدا قام على ميت فلا ندرى أنه يصلى أو لا، فلا يمكن حمل فعله على الصحه بمجرد احتمال الصدفة الواقعيه.

نعم إذا حفظنا صوره العمل و عملنا أنه يصلى على الميت و شكنا فى صحته و فساده من جهه أخرى فنجرى أصاله الصحه و هكذا فى فجميع العقود و الإيقاعات و العبادات كفائيه أو عيئيه.

و ثانيا: أنه مع قطع النظر عن الإشكال الأول أن أصاله الصحه مشروطه

بكون الشرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له و على تقدير غير مقدور فلا نجرى فيه أصاله الصحه مع كون الشرط شرطا على كل تقدير و لزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخیل فى صحه البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير، فوقع البيع علیه غير مقدور على المكلف و على تقدير وجوده فوقع البيع علیه مقدور و مع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعده أصاله الصحه فى مثل ذلك و من هذا القبیل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده و كذا بيع من نشك فى بلوغه و عدمه و هكذا الأمر فى قاعده الفراغ و قد خالف شيخنا الأنصارى فى هذا الشرط فى قاعده الفراغ.

و ثالثا: ما ذكره المصنف مع الغض عن الإشكاليين الأولين من وجود الجامع بين الصحيح و الفاسد بحيث ينطبق عليهما، و أما إذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحه بوجه.

الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الأصحاب، أحدهما اعتبار الاختيار فيما لا يفسده الاختبار، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحه كما ذكره آخر أو يعتبر فيه البراءة من العيوب كما ذكره ثالث أو الأخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كما ذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه، بل أقوال فى المسألة كما يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب التى نقل جملة منها المصنف (ره) فلاحظها.

و لا- يهمننا التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن إجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلا بدّ من التكلم هنا على مقتضى القاعده بل التحقيق أن يقال أن الأوصاف التى تختبر على أقسام، فإنها قد تكون من أوصاف الصحه الدخيله فى صحه البيع فتاره تكون الأشياء المتصفه بها مما لا يفسده الاختبار و أخرى مما يفسده الاختبار، أما الأول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسر منها غير مفسد قطعاً فنقول أن المانع من صحه البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الأوصاف الصحه كالطعم و الرائحه فيما يقصد منه طعمه أو ريحه من العطور و الفواكه ليس الآ- الغرر الثابت بحديث نفى الغرر بناء على تماميته أو الإجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضاً و حجيته، فلا شبهه أن المناط فى صحه البيع فى جميع الموارد هو ارتفاع وصف الغرر فان البيع الغررى باطل فلا بد من ملاحظه ما يوجب ارتفاع الغرر من غير تخصيص بشرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءه من العيوب.

و عليه فيرتفع الغرر بأمور، الأول: الاختبار بما لا يفسده الاختبار، فيما يستخير حال المبيع به كاستشمام العطور و ذوق الفواكه التى لا- تفسد بالاختبار كأكل حبه من العنب و نحوه أو استشمام بعض أقسامها فإن ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صحيحاً من ناحيه الغرر فهذا مما لا شبهه فيه.

الثانى: اشتراط الصحه من العيوب الموجه للغرر بحيث يكون الخيار عند ظهور المبيع أو الثمن فاقداً لذلك الوصف لكل من البائع و المشتري و هذا أيضاً رافع للغرر كما هو واضح.

الثالث: الاقدام على المعامله مطلقاً من غير اشتراط و لا اختبار أصلاً

بل يسكت عن جميع ذلك، و لكن الشرط الضمنى موجود فى المقام بظهور العوضين واجدا لأوصاف الصحة و لم يكن عديما لها بحيث لو ظهر فاقتدا كان للمشروط له الخيار، و مع هذا الشرط الضمنى لا يضره السكوت عن الاشتراط لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذى يدل على هذا بناء العقلاء فى معاملاتهم فإنهم يعاملون معاملة كليه أو جزئيه مطلقه و إذا ظهر المبيع فاقتدا لأوصاف الصحة يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ.

فتحصل أن ارتفاع الغرر فى المقام ليس منحصرا بالاختبار بل كما يرتفع به ككك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمنى أيضا لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الإجماع عليه كما ظهر من مطاوى ما ذكرناه، بل الإجماع على عدمه فإنه من باب ذكر وصف الصحة و من الواضح أنه غير لازم إجماعا كما ذكره المصنف فى جواب السرائر، و أما توصيف البائع المثمن و توصيف المشتري الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل فى صورته الاشتراط.

و أما اشتراط البراءة من العيوب فالظاهر من عبارته المصنف من عطفه على اشتراط الصحة بأو و كذلك الظاهر من عبارته النهائيه و المقنعه المنقوله فى المتن هو كفايته فى نفسه حيث قال (خلافا لظاهر جماعه تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءة من العيوب هو إحراز كل من البائع و المشتري كون المبيع سليما عن العيوب و صحيحه هذا هو المراد ظاهرا للمصنف حيث ذكر فى أواخر كلامه أنه ظاهر عبائهم المتقدمه اشتراط الموصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غررى و ان كان المراد من البراءة من العيوب التبرى منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

من الصحيح و الفساد سواء ظهر فاقدًا لأوصاف الصحة أو واجدا لها لا يكون خيار للمشتري و يشترط المشتري على البائع فى الثمن أيضا، هذا الاشتراط فهذا البيع غررى بلا شبهه فيكون الاشتراط مؤكدا للغرر فيبطل البيع للغرر بناء على مانعيته عن البيع فلا يرتفع الغرر بالاشتراط و على الاجمال فلا وجه لاشتراط هذا الشرط أصلا، فإنه ان كان راجعا الى اشتراط الصحة فذكره تكرار و ان كان بمعنى التبرى فاشتراطه مؤكدا للغرر فلا يكون رافعا له.

و من جميع ما ذكرناه ظهر بطلان ما ذهب إليه فى السرائر من تقويه عدم جواز بيع العين الحاضره المشاهده بالتوصيف، بل لا بد من ذوقها و شمها.

و مما ذكرناه ظهر جريان أصله السلامه فى المبيع فان المراد بها هو اشتراط كون المبيع سالما على العيوب بالشرط الضمنى و واجدا لأوصاف الصحة على النحو الذى تقدم و هذا مما جرى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم و ليس المراد من أصله السلامه ما يكون طريقا إلى إحراز كون المبيع واجدا لأوصاف الصحة باستصحاب الحاله السابقه التى شوهدت و كانت واجده لأوصاف الصحة حتى يناقش فيها بما ناقشه المصنف من عدم الدليل عليه لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك فى طرو المفسد و لا من غيره فإنه لو كان المراد من أصله السلامه هو ذلك فليس عليه دليل حتى مع الشك فى طرو المفسد الذى استثناه المصنف، فانا ذكرنا فى علم الأصول أنه لا وجه لكون بناء العقلاء دليلا للاستصحاب و أنه غير ثابت كما هو واضح، و هذا بخلاف ما ذكرناه من أصله السلامه فإن بناء العقلاء عليه مسلم كما لا يخفى.

ثم ظهر أيضا من جميع ما ذكرناه بطلان ما ذكره المصنف من التفصيل، بين الأوصاف الدخيله فى معظم المالىه و بين غيرها، و حاصله أن الأوصاف ان كانت دخيله فى معظم المالىه بحيث تزول المالىه المهمه بزوال الأوصاف فلا بد من إحراز السلامه عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الأول يبقى الأخيران و هذا ككون الجارىه خثى و كون الدابه لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه.

و أما إذا لم تكن الأوصاف من قبيل الأوصاف الدخيله فى معظم المالىه فلا- يجب إحرازها و لا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجارىه ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم المالىه لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غايه الأمر قد انتفى الاستيلاء فقط و أما فى الأول قد انتفى الاستمتاع أيضا.

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فإن المناط فى صحه العقد هو رفع الغرر كما تقدم، فكلما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فى العقد غرر فلا بدّ من اشتراط ما يوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحه أو الإرجاع إلى أصله السلامه و الآ فلا، سواء كانت دخيله فى معظم المالىه أم لا- فان ما يكون دخيلا- فى ذهاب المالىه و ان لم تكن معظما فالسكوت عنه فى مقام البيع غرر بلا شبهه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه حكم ما يفسده الاختبار أيضا فإن جميع ما ذكرناه جار فيه الآ الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده و أما اشتراط الصحه أو بيعه مطلقا ايكالا إلى أصله السلامه فهما جاريان فيه، كما يجريان فى الأول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليمو أو نحوها فان الغرر يرتفع

فيها بأحد الأمرين المذكورين فلو تبرء عن العيوب يكون غرريا فيبطل.

نعم قد ورد في المقام روايه (1)ربما يتوهم فيها اعتبار الاختبار فيما يختبر حيث قال(عليه السلام)فمن سأل عن ذوق الطعام في المال الذي يريد أن يشتريه،فقال(عليه السلام)نعم فليذقه فلا يذوقن ما لا يشتري.

و فيه ما ذكره المصنف(ره)من أن السؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فإنه(عليه السلام)جوز ذلك لمن يريد الاثراء لا لكل من و لو لم يكن نظره ذلك و إلا فإن بعض الطماعين يأخذون ذلك وسيله لأكل أموال الناس بأن يأكل من دكان عشره حبات من العنب و من الآخر ككك،و من الثالث هكذا فيكون أكثر من الحقه فنهى الامام(عليه السلام)عن ذلك فيجوز هذا النحو من الطريق أيضا.

فتحصل أن ما لا يفسده الاختبار فبالنسبه إلى الأوصاف الدخيله في صحه المبيع يجوز بيع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصيف و بالاعتماد على أصاله الصحه و السلامه على المعنى الذي ذكرناه أى انصرافه الى كون المبيع سالما عن العيوب و واجدا لأوصاف الصحه فإنه الفرد الصحيح و قلنا هذا معتبر بالشرط الضمنى فى العقود و المعاملات.

و أما بالمعنى الذى ذكره المصنف من كونها محرز لبقاء المبيع على أوصاف الصحه و عدم طرؤ العيب له ليجب زوال صحه المبيع فليس له مدرك صحيح كما عرفت حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه فانا ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا دليل على اعتبار الاستصحاب من ناحيه بناء العقلاء كما هو واضح.

و قد عرفت أيضا أنه لا يفرق فى ذلك فى الأوصاف التى لها دخل فى

ص: ٤٣٧

(١-١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٧٩.

معظم ماله المبيع و ما لا- يكون كك، فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحه البيع و الأ يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الأمور الثلاثه المتقدمه فلا دليل على الفرق المذكور بوجه، و ان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب إليه الحلبي (ره).

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكهه أو الدبس حلوا شديدا و زائدا عن الحد الأوسط أو واجدا لأصل الحلو المتوسط فان الحلاوه من الأوصاف الكماليه فإن كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشتري و بالتوصيف من البائع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بأن يشترط المشتري كونه واجدا لوصف الكمال، و أما الاعتماد على أصاله الصحه، و السلامه المتقدمه فلا- يجرى هنا فإن الأوصاف ليس من الأوصاف الصحه حتى ينصرف الإطلاق إلى الصحيح و أن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فى ضمن العقد كما لا يخفى.

و أما فيما لا- يمكن التوصيف و الاخبار كما إذا كان الوصف على نحو يدرك و لا يوصف كوصف الملاحه و نحوها ففى ذلك لا بد فى رفع الغرر، اما من الاشتراط أو الاختبار و الأ فيكون باطلا للغرر المنفى، فإن المفروض ان الأوصاف المذكوره لها دخل فى الماله فإذا لم يشترط البيع على نحو يكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك.

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبه إلى أوصاف الصحه فيأتى فيه جميع ما ذكرناه فيما يفسده الاختبار لأن المفروض أنه يفسده فيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصاله الصحه على النحو المتقدم أو يخبر البائع عن الأوصاف فيكون هذا أيضا رافعا للغرر مع الوثوق بكلامه،

فيكون هذا أيضا داخلا في الاشتراط فإنه نحو منه.

و أما الأوصاف الكماليه فبالنسبه إلى الأوصاف التي يمكن الاطلاع عليها فيجوز المعامله ح بالاشتراط و بتوصيف البائع فيرتفع الغرر بهما فيكون داخلا فيما يشتري اعتمادا على وصف البائع أو يشترط كون المبيع واجدا للأوصاف الكماليه و مع ذلك يرتفع بها الغرر.

و أما الأوصاف الكماليه التي لا يمكن الاطلاع إليها أصلا إلا بالاختبار ككون البطيخ حلوا و كون الرقى أحمر من الأوصاف الكماليه التي لا يعلم إلا بالاختبار، فالظاهر انها غير دخيله في الماليه أصلا فلا يلزم عدم اشتراط كون المبيع واجدا لها غرر أصلا، فإن المفروض ان المورد فما يفسده الاختبار و أن التوصيف لا يمكن أيضا و ان أصله السلامه غير جاريه فيبيع المالك على هذا النحو إذ لا يفرق العرف في أمثال ذلك بين ما يكون واجدا لها و بين ما يكون فاقدا لها لعدم طريقتهم الى ذلك، و ان كانوا يفرقون بينهما بعد الاطلاع إليها و على هذا ان اشتراط المشتري كون المبيع واجدا لتلك الأوصاف فيها و إلا فليس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذي تعارف في العرف التبري من كون المبيع واجدا لها أو فاقدا لها فيقول أبيع المتاع الفلاني على ما هو عليه سواء كان واجدا للوصف الفلاني أو فاقدا له دون ما كان الوصف من الأوصاف الصحه لما عرفت أن التبري من فقد ان الوصف من أوصاف الصحه موجب للغرر.

الكلام في حكم ظهور المبيع معيبا

اشاره

و أما الكلام في حكم تخلف الأوصاف المذكوره فذكر المصنف في فرض

ص: ٤٣٩

تخلّف وصف الصّحة أقساماً ثلاثه:- الأول: أن يكون لفساد المبيع في نفسه قيمه كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه إذا لم يكن الفساد بمرتبته يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع و لا- كونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز و ان كان فاسدا بصيرورته أسود و لكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه و كك البطيخ و الرقي و سائر الفواكه إذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع، بل فسد جزء منها و صار به دود و نحوه و أما الباقي فيصح الانتفاع به و قد مثل المصنف بذلك ببيض النعامه بدعوى أن لفساده أيضا قيمه، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو أعرف بمقاله.

الثاني: أن يكون لفساده أيضا قيمه و لكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ في نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز و الجوز قشرا فان للقشر قيمه و ماليه في نظر العرف في الحريق و لكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز.

الثالث: أن لا يكون للفساد ماليه و قيمه أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به أصلا.

و بعبارة أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن الماليه أصلا و أخرى يكون له ماليه و قيمه و على الأول تاره يكون من جنس الصحيح و أخرى من غير جنسه، فالأقسام ثلاثه.

أما القسم الأول: فتاره يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص، بان عرف أن البطيخ فيه دور و آخر بعد الكسر فعلى الأول يتخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أي نحو كان أو الإمضاء مع الأرش كما هو واضح، و أما بعد الكسر فليس له فسخ العقد إلا مع

اشراطه هكذا بان يقول للبائع حين البيع لو ظهر متاعك معيبا و لو بعد الكسر فلي أن أرجعه و أما مع الاعتماد على أصله السلامه فلا يجوز له الفسخ، بل يتخير بين الرضى بالعقد بدون الأرش و الرضاء به مع الأرش.

و أما القسم الثانى: فالظاهر هو بطلان العقد لما عرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعيه فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود، فيكون البيع باطلا كما لا يخفى.

و الحاصل أنه إذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفساد أيضا قيمه و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب صورته النوعيه كما إذا اشترى وزنه تمر فظهر أنه فى حكم النبوى لا يناسب إلا بالحرق فهذا لا إشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الأقسام الذى ذكره المصنف و نتعرض لها.

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تاره يكون مع كونه فاسدا على قيمه الصحيح و أخرى أقل منه، و ثالثه يظهر أنه لا قيمه له أصلا و على كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القصد و قد يكون بعده، فالأقسام ستة.

أما إذا كان ظهور العيب قبل الكسر فما إذا كان الفساد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمه الصحيح فح ليس للمشتري أخذ الأرش فإن المفروض ان قيمتهما متساويه فالأرش انما يكون إذا كانت قيمه المعيب أقل من الصحيح فإن الأرش عباره عن تفاوت القيمه بين الصحيح و المعيب فإذا لم يكن تفاوت فى البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو إمضائه كك و أما إذا كانت قيمه الفساد أقل من قيمه الصحيح فيتخير المشتري بين الأمور الثلاثه فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا به مع الأرش

فإن المعيب أقل قيمه من الصحيح فللأرش هنا مجال.

و أما إذا كان الفاسد بمرتبته لا- قيمه له أصلا كما إذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمه أصلا كان يعدّ من الزباله ففي هنا يحكم بالبطلان إذ المبيع من حيث عدم ماله في حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا، بل الحكم هو الانفساخ ليس الابل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بيعا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار الماله في المبيع كما بنينا عليه في أول البيع فان ما ليس بمال يعدّ في نظر العرف نوعا آخر في قبال ما هو مال فإذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلف صورته النوعيه فيكون فاسدا، من هذه الجبهه نظير ما إذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشره من الحشرات فان بيع الحشرات في نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشره، بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال في المقام.

و أما إذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساويه لقيمه الصحيح فليس للمشتري هنا شيء أصلا من أنحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمه و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص (١) الخاص الوارد في خيار العيب من أنه إذا أحدث فيه حدثا أو لامس فلا يجوز له الرد فيكون ذلك ساقطا للنص و ان كان هو جائزا في نفسه بحسب القاعده.

و لا يفرق في ذلك بين أن يكون للمكسور قيمه أولا و لا بين أن تكون قيمه

ص: ٤٤٢

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولاً فإنه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فإنك عرفت أن قيمه الصحيح والمعيب متساويتان وإنما سقط الفاسد عن قيمته أو نزلت قيمته بكسر المشتري.

و أما إذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فح فلا يجوز للمشتري الفسخ لما عرفت من سقوطه بالكسر للنص فح يتخير المشتري بين الرضى بالعقد بدون الأرش أو الرضا به مع أخذ الأرش والمراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح والفاسد قبل الكسر لا بعده إذ قد لا يكون للفاسد قيمة بعد الكسر أصلاً كما عرفت ولكن ذلك مستند إلى فعل المشتري و أحداثه فيه حدثاً فيسقط للنص.

و أما إذا لم يكن له قيمة أصلاً فحكمه حكم قبل الكسر اعنى انفساخ العقد إذ لا ماله للمبيع أصلاً والعقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعاً وإنما هو في صورته البيع والأمر كك حتى مع القول بعدم اعتبار الماله في المبيع كما عرفت فإن البطيخ إذا ظهر معيباً بحيث لا يعدّ من المأكول فيكون نوعاً آخر في مقابل المأكول فهما في نظر العرف مختلفان بحسب صورته النوعية كما لا يخفى فيكون البيع باطلاً من الأول سواء كان ظهور العيب قبل الكسر أو بعده، فيكشف عند ظهور العيب أنه باطل من الأول كما صرح به الشيخ والحلى والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين.

و لكن الظاهر المحكى عن الشهيد في الدروس انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله و جعل الثاني احتمالاً و نسبة إلى ظاهر الجماعة و قد أشكل عليه المصنف بما لا يخلو عن المتان و حاصله أنه لم يعلم لذلك وجه، و لذا نسب الشهيد الثاني في الروضة خلافه إلى الوضوح و الوجه في

بطلانه أن الفاسد ان لم يكن من الأموال فيفسد البيع من أصله لأن كون المبيع متمولا شرط واقعى لا علمى، و ان كان من الأموال فان لم يكن تفاوت بين الصحة و المعيب فليس للمشتري خيار فكك بعد التصرف و ان كان له خيار عيب قبل التصرف كما تقدم، و ان كان بينهما تفاوت فيؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جميع الثمن و قبل التصرف يتخير بين الأمور الثلاثة، كما تقدم.

ثم وجه كلامه بأنه الآ ان يقال انه مال واقعى إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالىه لأمر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان فى ضمان البائع فينفسخ البيع ح، بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ و حيث ان خروجه عن المالىه لأمر سابق و سبب سابق كان فى ملك البائع فكان الضمان على البائع.

و الحاصل أن البيع منفسخ فى زمان ظهور العيب و الرجوع الى البائع من جهة كون حدوث العيب فى ملكه كما لا يخفى.

ثم أشكل عليه المصنف بكونه على خلاف القواعد على ما سيأتى فى الخيارات، و انما تعرضه المصنف هنا لأجل خصوصيه فى المقام.

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن المالىه فيكون حدوث العيب فى ملك المشتري فلا- وجه للرجوع إلى البائع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الأول فإنه إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالىه الواقعيه من الأول فلا- وجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن المالىه لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مده و كالعبد المريض يموت بعد مده فإنه فى مثل ذلك فيرجع الى البائع لا فى جميع المبيع، بل

بالتفاوت بين الصحيح و المعيب قبل التلف و الخروج عن المالىه،لأن المعيب أيضا له مالىه و له قيمه كما لا يخفى على أن فوات المالىه يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح.

و بالجمله لا- نعرف وجهها لتصحيح كلام الشهيد فإنه ان كان الفاسد له قيمه فحكمه ما ذكرناه و ان لم تكن له قيمه فحكمه الانفساخ من الأول لعدم كونه مالا من الأول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود و ما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم.

الكلام فى ثمره الخلاف

و أما ثمره الخلاف بين ما كان الانفساخ من الأول كما ذهب إليه الأكثر على ما عرفت،و بين ما كان من حين ظهور العيب فى المبيع فهى تظهر فى ترتب آثار ملكيه المشتري الثمن الى حين تبين الفساد فلو اشترى البائع دارا بالثمن المذكور فربح فى ذلك ألفا فإنه للمشتري على المشهور لحصول الانفساخ من الأول و عدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلا فيكون اشتراء الدار فضوليا.

و للبائع على قول الشهيد كما هو واضح.

و عن الدروس و اللمعه أن الثمره تظهر فى مؤنه نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه الى موضع اختبار فقد ذكر فى ذلك أقوال ثلاثه:- الأول: ما ذكره الشهيد الأول من أن مؤنه النقل على تقدير انفساخ العقد من الأول انما هى على البائع،و على المشتري لو قلنا بالانفساخ حين ظهور الفساد فى المبيع لوقوعه فى ملكه،و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه.

الثانى: ما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد و تبعه الشهيد الثانى من كونها على المشتري مطلقا و ليس له أن يرجع الى البائع، و الوجه فيه هو أن المشتري نقله بغير أمر البائع.

الثالث: ما ذكره المصنف عن بعض الأساطين - كاشف الغطاء - و هو كونها على البائع مطلقا فإنه قدره نفى البعد عن ذلك، و الظاهر: أن شيئا من الوجوه الثلاثة لا يمكن المساعدة عليه.

أما الوجه الأول: فلا دليل عليه من النص و الإجماع و العقل، لأن مجرد ظهور العيب فى ملك المشتري لا يستلزم كون غرامه النقل عليه كما ان عدم ظهور فى ملك الغير لا ينفى الغرامه عنه، بل لا بد فى ذلك من وجود السبب للضمان، و كك لا وجه للوجه الثانى و الثالث على وجه الإطلاق، كما سيظهر وجهه.

و التحقيق أن يقال: قد تقدم فى بيع الفضولى أنه إذا استند الوقوع على الضرر الى غيره بالاغترار كان ضمانه على الغار لقاعده الغرور الثابته بالنقل و الاعتبار و الآ فلا، و عليه فان كانت الغرامه الحاصله من نقل المبيع الى مكان الاختبار مستنده الى البائع، و كونه غارا للمشتري فى ذلك لعلمه بالعيب و جهل المشتري به فمؤنه النقل على البائع.

و أن لم يكن اغترار فى المقام لعلمهما بالحال أو جهلهما بها فالغرامه على المشتري، لأنك قد عرفت فى المبحث المذكور أن الغرور انما يتقوم بأمرين أحدهما علم الغار بالعيب، و ثانيهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ينتفى الغرور، و على هذا فلا وجه لما ذهب اليه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الأساطين على الإطلاق، بل لا بد من التفصيل فى المسألة بلحاظ الغرور و عدمه، هذا كله فى مؤنه نقل المبيع من مكان البيع الى مكان الاختبار.

و أما مؤنه النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع أو المكان الأخر مع مطالبه البائع أو كونه فى مكان يجب تفرغه كالمسجد و المشهد أو فى مكان مغصوب فذكر المصنف أنه على البائع على تقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلا فلا يبعد مؤاخذه المشتري به.

و فيه أن هذا أيضا لا- يتم لعدم الدليل عليه فان مجرد كون المبيع ملكا للبائع بعد الانفساخ لا يوجب كون مؤنه النقل اليه، بل التحقيق ان يقال:

إذا كان المعيب الذى خرج عن المالىه ملكا للبائع كحبه من الحنطه مثلا، أو موردا للحق و ان خرج عن الملكيه أيضا كما إذا صار الحيوان ميتة أو ظهر البطيخ فاسدا بحيث لا يعتبر العقلاء فى مثله الملكيه أيضا فطلب المالك ملكه أو متعلق حقه فان كانت المعامله خاليه عن غرور البائع المشتري و لم يستند ذلك الى تسبب البائع لجهله بالحال فمؤنه النقل على المشتري فإنه وضع يده على ملك غيره أو على مورد حقه فيجب عليه أن يرده الى صاحبه فان مقتضى دليل اليد الثابت بالنص و الإجماع و السيره كما يشمل الأموال و كك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا.

أقول: لا دليل على حرمه التصرف فى ملك الغير ما لم يكن مالا و ما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيره مشكوكه الشمول له و ان استند ذلك الى تغرير البائع المشتري فتكون مؤنه النقل على البائع.

و على الجملة أن مجرد كون المعيب ملكا للبائع لا- يدل على كون الغرامه و مؤنه النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع إلى البائع، بل بعد ما وضع المشتري يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبه.

و أما إذا لم يطالب البائع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك فى مورد

يجب تفریغه منه كما إذا كان فى مسجد أو فى مشهد أو كان ذلك فى ملك الغير فطلب تفریغ ملكه فالظاهر فى هذا الفرض كون مؤنه الإفراغ على المشتري حتى مع الاعتراض فى المعامله من البائع فإن قاعده الغرور انما توجب كون غرامه المغرور على الغار فيما يكون التضمر فى لوازم المبادله و التمليك و التملك و من الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار و بالعكس من لوازم التمليك و التملك فتجرى فيها قاعده الغرور، و أما فى ذلك فلا و من البديهي أن وضع المتاع فى المسجد، أو المشهد أو فى ملك غيره ليس من لوازم التملك الذى وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا.

ثم ان المحكى فى الدروس عن الشيخ(ره) و أتباعه أنه لو تبرء البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره الى ح.

و فيه قد أشرنا إليه فيما تقدم و قلنا بأنه اما غير محتاج اليه أو غير معقول بيان ذلك أن البراءه من العيوب ان كان من جهه الاطمئنان بصحه المبيع و إحراز كونه سالما عن العيوب اما بإخبار البائع أو اعتمادا على أصاله السلامه بناء على كونها محرزه لصحته فليس هذا فى نفسه شرطا آخر غير اشتراط الصحه، بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكرها مقابلا لاشتراط الصحه، على أنك عرفت أنه لا دليل على كون أصاله السلامه محرزه للواقع حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه و ان كان المراد من اشتراط البراءه من العيوب هو التبرى عن عيوب المبيع بأى نحو كان من غير إحراز صحته بطريق و لا اشتراط صحته فى المبيع و لو بأصاله السلامه فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غريبا، على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع إذا لم يكون مشروطا بالبراءه من العيوب يكون فاسدا و أما إذا كان مشروطا بها يكون

صحيحاً مع أنه يؤكد الغرر و يقرره كما عرفت و على كل حال لا نعقل معنى صحيحاً لهذا الاشتراط.

و قد يوجّه بأن المراد من اشتراط البراءة اشتراط المشتري برأيه المبيع من العيوب و كونه صحيحاً و فيه أولاً أنه خلاف الظاهر من ذلك و ثانياً ما ذكره المصنف من أن الكلام في برأيه البائع من العيوب دون المشتري فلا يمكن حمله على هذا الوجه.

نعم لو دار الأمر بين حمله على الغلط و بين توجيهه بذلك فلا بأس به صونا لكلام الأعظم عن الغلطيه.

الكلام في جواز بيع المسك في فاره

قوله:مسألة:المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فاره.

أقول:هذا لا-شبهه فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصالة السلامه أو بالاختبار مع الإمكان و ذكر المصنف(ره)فالأحوط ما ذكره من فتقه بادخل خيط فيها بإبره ثم إخراجة و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهه الفتق فهو مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشتري أو على البائع و على كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف و الوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشتري للموصوف و الأوصاف معا ففى المقام أيضا يضمن لإتلافه و صفا من أوصاف المسك و جعله ناقصا بحيث أخذ عنه وصف التماميه ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البائع بذلك و يشمه المشتري.

أقول: لا وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين: الأول: أن النزاع في ضمان المشتري بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف، ففي المقام هو الإلتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا، فلا بد من القول بالضمان هنا فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص في مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق في محله.

الثاني: أن الإلتلاف هنا مستند إلى البائع دون المشتري فلا وجه للضمان على المشتري كما هو واضح.

و قد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين: - الأول: النجاسة فإنه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك.

الثاني: للجهالة و الغرر اما الأول فيرد عليه أولا أن كون المسك في جميع الأزمنة متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس و ثالثا لا دليل على كون النجاسة مانعا عن البيع تكليفا و وضعيا كما تقدم في المكاسب المحرمه و قد اعترف بذلك المصنف في بيع الميتة و أما الوجه الثاني فمضافا الى أن عمده الدليل على ذلك هو الإجماع لكون دليل نفى الغرر مخدوشا سنداً و دلالة و أن الإجماع هنا ليس بتمام لقيام الشهره بل الإجماع على جواز بيع المسك في فاره على أن مانعيه الجهالة انما هي للغرر فهو منفي إذا بيع مع الاشتراط أو معتمدا على أصاله السلامه بالمعنى الذي تقدم.

ثم ذكر العلامه في التذكرة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و بيع البيض في بطن الدجاج.

أقول: أما بيع اللؤلؤ في الصدف فلا شبهه في بطلانه لكونه غرريا فان

بعض أفراد اللؤلؤ يسوى بدرهم و بعضه الأخر يسوى بألف درهم كاختلاف أفراد الفيروزج بذلك فإنه قد يكون اللؤلؤ صافيا فيسوى بألف دينار و قد يكون كدرا فلا يسوى إلا بدينار مع اتحادهما فى الكبر و الصغر.

و أما البيض فان كان من دجاج يعلم أنه بأى نحو يبيض من الصغر و الكبر بحيث جرى عادته أنه يبيض على نحوه يسوى بيضه بعشر أفلس فهذا لا إشكال فى صحه بيعه لعدم الغرر فيه و ان لم يعلم بذلك و تجرى العاده بأنه بأى كيفيه يبيض فيبيعه غررى باطل فأن بعض افراد البيوض يسوى بعشره أفلس و بعضه باثنى عشر أفلس و بعضه بثمانيه أفلس، فلا يعلم أن ما فى بطنه من أى قسم من هذه الاقسام.

الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمه

اشاره

و عدمه

قوله:مسأله:لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه.

أقول:بعد ما فرغنا من عدم جواز بيع المجهول فهل يجوز بيعه بضم معلوم إليه أم لا فمقتضى القاعده المقرره على عدم جواز بيع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم إليه أيضا لأن ضم المعلوم اليه لا يخرج عن الجهاله بل يكون الثمن الواقع فى مقابل المعلوم أيضا مجهولا فيبطل البيع لذلك و كك المبيع فان المجموع من حيث المجموع مجهول إذ ليس المراد من ذلك كون كل جزء جزء من المبيع مجهولا فهذا لا شبهه فيه و على هذا فلا يجوز بيع السمك فى الآجام و أن ضم اليه السمك المعلوم أو القصب و لا يجوز أيضا بيع اللبن فى الضرع و ان ضم اليه المعلوم فان المعلوم فى ذلك كله

ص: ٤٥١

يصير مجهولا بالضميمه و هذا على المشهور بين المتأخرين و لكن ذهب المشهور من القدماء الى جواز بيع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنيه الإجماع على ذلك و اختاره المحقق الأردبيلي من المتأخرين و صاحب الكفايه و المحدث العاملي و المحدث الكاشاني و استدل عليه بروايات (1) منها مرسله البنظي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيئا من سمك فباع و ما فى الأجمه.

و منها روايه (2) ابن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، و المراد شراء ما فى الآجام و لو بقرينه الروايه السابقه و منها (3) روايه أبي بصير فان فيها تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك و ما فى الأجمه.

و منها موثقه (4) سماعه قال سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع قال لا الا أن يحلب لك منه أسكرجه فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجه و ما فى ضرعها بثمان مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه الى غير ذلك من الروايات.

و منها (5) ما عن إبراهيم الكرخي قال قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه و ما فى بطونها من حملة كذا

ص: ٤٥٢

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٣ حد ٢.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٥.

٣-٣) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٦.

٤-٤) و سائل: ج ١٢ ص ٢٥٩ باب ٨ حد ٢.

٥-٥) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦١.

و كذا درهما قال لا- بأس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف، و منها (1) ما دل على جواز بيع ما تقبل من خراج الرجال و جزية رثوسهم و خراج النخل و غيره إذا كان شىء واحد منها معلوما و بالجمله فالروايات الواردة فى المقام على ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولى: ما دل على جواز بيع السمك مع الآجام و الثانيه ما دل على جواز بيع الحمل بضميمه الصوف و الثالثه ما دل على جواز بيع الجزية و شرائها و نقلها من المتقبل بضميمه الجزء المعلوم منها.

و قد أشكل المصنف على الروايات و محصله يرجع الى وجوه، الأول أنه على تقدير العمل بالروايات فلا- بد من الاقتصار بمواردها فلا يجوز التعدى عنها لأنها روايات قد وردت على خلاف القاعده فيقتصر على موارد المعلومه فلا يمكن أخذ ما يستفاد منها قاعده كليه لتكون ساريه فى جميع الموارد حتى يكون تخصيصا للقاعده المتقدمه من عدم جواز بيع المجهول فى جميع الموارد فى خصوص موارد الروايات.

الثانى: أن الروايات غير معمول بها حتى فى موارد فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات، و كك أن مورد روايه الكرخى جواز بيع الحمل فى البطون مع ضميمه الأصواف، و من الواضح أن الأصواف فى نفسها مجهوله المقدار و كك أن ما فى الاسكرجه من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون فى ضمن المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع أصواف

ص: ٤٥٣

الحيوان في ظهورها و القائلون بالجواز استدلوا بروايه الكرخي.

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الكلام فان محل كلامنا هو بيع مجهول الأوصاف مع ضميمة المعلوم اليه و مورد روايه سماعه هو كون المبيع مجهول الحصول فإنه لا- يعلم وجود اللبن في الضرع و عدم وجوده حتى يضمّ عند البيع بما في الاسكرجه.

و لكن الظاهر أن شيئاً من الوجوه لا- يكون وجهاً لطرد العمل بالروايات أما الوجه الأول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلا- وجه للمناقشه بعدم التعدى من مورد الروايه الى غير موردها فان قوله (عليه السلام) فلو لم يكن في البطون حمل لكان الثمن في مقابل الأصواف و كك قوله فان لم يكن في الضرع لبن لكان الثمن في مقابل ما في الاسكرجه يفيد التعليل يعنى أن المناط في صحه البيع أن لا يذهب الثمن هدرا بل لا بد و أن يقع في مقابله شىء و هذا يعم الى جميع موارد بيع المجهول مع ضميمة المعلوم، و قد تقدم نظير ذلك في بيع عبد الآتيق و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمكان هذه العله التي ذكرت في تلك الروايات الوارده في بيع العبد مع الضميمة أيضا كما تقدم.

و أما الإشكال الثانى أعنى عدم كون بعض هذه الروايات غير معمول بها ففيه أن جهه السؤال فيها انما هو خصوص جهه بيع المجهول مع ضميمة المعلوم و أما كون الضميمة معلومه أو غير معلومه من المكييل و الموزون أم لا- فخارجه عن جهه السؤال فلعل السائل كان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال فى الروايه بما هو مورد السؤال و رفع اليد لأجل ذلك عن الروايات، على أنه يحمل أن يكون ما فى الاسكرجه معلوما لاحتمال كونها من المكيال و كذلك لا نقبل كون السمك من الموزون

ص: ٤٥٤

دائماً، بل كثير ما يباع بالعدد كما تعارف ذلك في أطراف الشط كثيرا نعم ربما يباع بالوزن و لكن أن الأصواف لعلها كانت معلومه بالمشاهده بأن كان أو ان جزئها و بيعت مع المشاهده أو كانت مجزاه أصلا و بالجمله لا وجه لهذه المناقشه أيضا.

و أما الإشكال الثالث أعنى كون المبيع مجهول الحصول لا- مجهول الوصف ففي هنا أيضا أن جهه السؤال فرض كون المبيع موجودا و ليس جهه السؤال فرض كون المبيع مجهول الحصول على ان كون اللبن في الضرع ليس من مجهول الحصول بل كثيرا يطمئن الإنسان، بل قد يكون اللبن موجودا في الضرع كما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروايات و جواز التعدى عنها فان فيها صحاح و موثقات.

الكلام في بيان أقسام التابع

إشاره

قوله: بقى الكلام في توضيح التفصيل المتقدم.

أقول: بعد البناء من المصنف على عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة تكلم في معنى التابع فإن العلامه فصل في بيع المجهول بين ما كان الانضمام مستقلا فحكم بعدم الجواز و بين ما كان تابعا فحكم بالجواز.

و توضيح المقام أن التابع قد يكون داخلا- في المبيع و يكون جزء منه و هذا كأسّ الجدران و الحيطان و أخشاب القباب و حديدتها فإنها تابعه لبيع الدار و جزء منها و هذا لا شبهه في جوازه أى يجوز بيع الدار مع كون هذه الأمور من التوابع مجهوله فان الغرض من كون المبيع معلوما كونه معلوما عند العرف بحيث يقال أنّ هذا المبيع معلوم و ان كان بعض اجزائها

مجهوله بل لا- يوجد مبيع فى العالم يكون معلوما من جميع الجهات للمتبايعين فإنه لا يعرف حقائق الأشياء و خصوصياتها من جميع الجهات إلا علام الغيوب و من ارتضاه لغيره فإن بيع الحصر مثلا مع كونه معلوما بالمشاهدة و الزرع لا يعلم أنه بأى مقدار من الخيوط اشتملت و هكذا و هكذا.

و هذا القسم من التبع خارج عن محل الكلام لعدم كونه تبعا بل من الأجزاء و كلامنا فى التبع الذى يكون خارجا عن المبيع و إطلاق التبع عليه مسامحة واضحة و من هنا ظهر ما فى كلام العلامة فى التذكرة من إطلاق التابع على أسس الحيطان.

الثانى: أن يكون التابع أمرا مستقلا وراء المبيع و هذا لا يدخل فى المبيع إلا بالاشتراط أو كونه جزء من المبيع من الأول بحيث يقع البيع عليهما معا و إلا فيكون خارجا عنه من غير أن يرتبط به أصلا.

نعم قد يكون داخلا- فى المبيع بحسب الارتكاز من غير أن يكون أمرا آخر مستقلا بل يكون مغفولا عنه فى نظر المتبايعين كما إذا باع دجاجا فباض بعد البيع فإنه يكون للمشتري بحسب الارتكاز أو اشترى أجمه فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه حاملا- الى غير ذلك من الأمثلة فإن الارتكاز فى جميع ذلك موجود على كون الأمر الخارج داخلا فى المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل فى صورته الاشتراط أيضا و على الجملة لا يدخل الأمر الخارجى المستقل فى المبيع إلا بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الأول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا.

و عليه فلا- وجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بأن يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهالة فيه و قد يكون أمرا غير عرفى فلا يدخل فى المبيع فإنه لا وجه لهذا التفصيل بعد

التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعاً فيصح و إلا فلا يصح فإنه لا معنى لدخول شيء خارجي عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف و كونه من التوابع العرفيه بعد ما عرفت أنه لا بد من دخول الأمر الخارجي أما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الأول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون في الأمور العرفيه أى فيما يعدّ في نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح، ولكنه لا يصلح تفصيلاً في المسأله.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و التظهره من الشهيد و المحقق الثاني و قواه من ان المراد من التابع هو ما يعد في العرف تابعاً كمفتاح الدار و حمل نعجه و البيض الذى فى جوف الدجاجه و اللبن فى الضرع الدابه و نحو ذلك و أيضاً ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الأمر الخارجي فى المبيع إلا بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الأول.

على أنه لا وجه لما استظهره من المحقق القمى و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعية فى الجعل و التبانى بمعنى أن المبيع و لو كان فى الواقع هو المجهول و لكن للتخلص عن الغرر يجعل تبعاً للمعلوم كما فى مورد التخلص عن الربا فى البيع الخيارى فى كثير من المعاملات.

و ذلك لانه ليس الا- كون الأمر الخارجي داخل فى المبيع بإيقاع البيع عليه و على شيء آخر فلا يكون أيضاً تفصيلاً آخر فى المسأله.

نعم قد يكون المعلوم متقدماً فى الذكر و المجهول متأخراً كقول البائع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود فى الكس و قد يكون بالعكس أى يكون المعلوم متأخراً و المجهول متقدماً و لكن هذا المقدار لا يكون وجهاً فى التفصيل كما هو واضح.

و أما ما ذكره العلامة فى التذكرة من أن التابع ما أخذ شرطاً فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه فقد اختاره أيضاً شيخنا الأستاذ بدعى أن المجهول لو كان تابعا للمبيع أو جعل شرطاً لا تضرّ جهالته لأن ما وقع فى عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا- يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا- لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورود أن الشروط لا تقابل بشىء من الثمن و انما هو فى مقابل المبيع فقط و فائده الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فإن الجهالة تسرى الى الجزء الآخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا.

الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الأول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمة المعلوم اليه و عدمه و فصلّ العلامة بين ما كان المجهول تابعا فيجوز بيعه و بين ما إذا كان جزء مستقلا من المبيع فلا يجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع.

و قد يراد منه ما يكون جزء من المبيع حقيقه و لكن يكون مغفولا عنه و غير دخيل فى ماله المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له ماله أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فإنه دخيل فى ماله المبيع فان الدار بدون الأساس لا قوام لها بل قد يصرف المال فى نفس الأساس ما يحاذى ما يصرف فى نفس الدار و لكنه مغفول عنه فى

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبه المرسومه فى السابق حيث يضعونه فى الجبه للحراره و حفظ البروده فإن هذا القطن لم يلحظ فى بيع الجبه انه أى مقدار فالجهاله بمقداره لا تضرّ بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن، بل يكون الغرض قائما بوجود شىء فيه ليحفظ الإنسان بضمّامته عن البروده و ان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض، بل أنه أى شىء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو واضح، و من هذا القبيل القطن الموضوع فى صدر الجبه أو الثوب الأخر ليمنعه الإرخاء فإنه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره، و قد يكون زائدا و قد يكون ناقصا فشىء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوّما للماليه.

و على هذا لا- تكون جهالتها موجه لبطلان البيع فإنها لا تكون فى مقابل الثمن من شىء أصلا فكما لا تضرّ جهالته بالبيع و لا تمنع عن صحته و كك هو خارج عن ما نحن فيه من أى أقسام التابع فان المذكورات و أمثالها من اجزاء المبيع لا من الأمور الخارجه عنه حتى يقال انها داخله بالتبع أم لا كما هو واضح.

الثانى من أقسام التابع التابع العرفى بأن لا- يكون الشىء جزء من المبيع بل من الأمور الخارجيه و لكن العرف يحكم بحسب ارتكازهم بكون ذلك الأمر الخارجى من تبعات المبيع بحيث لا- يحتاج دخولها فى المبيع الى الذكر أصلا، و لا أن جهالتها توجب بطلان البيع فإنها أمور خارجه عن المبيع، بل غير ملحوظ فى نفسها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هذه الأمور مع كونها من الأمور الخارجيه لا تكون خارجه عن المبيع إلا باشتراط عدمها و إلا فمجرد عدم التعرض لها يكفى فى دخولها فى

و هذه كدخول المسامير فى الجدران فى بيع الدار و يمكن أن يكون الكهرباء و الماء فى هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السكوت عنهما كافيا فى دخولها فى المبيع فالجهالة بأى شىء منها لا توجب بطلان المعاملة و غريرتها فإنها مع كونها خارجه عن المبيع غير دخيله فى ماله المبيع و مع كونها دخيله فيها غير ملحوظه بنفسها و انما دخولها بالارتكاز فىكون داخلا فى التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزائيه الذى فصل به العلامه (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفي فإن العرف ليس له أن يحكم بكون الشىء داخلا فى المبيع إلا بالارتكاز المتقدم و قد عرفت أنه من أقسام الشرط و فى الحقيقه أن هذا ليس تفصيلا فى كون التابع المجهول موجبا للغرر و عدمه و تخصيصا لنهى النبى (صلى الله عليه و آله) فى بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى، فافهم.

و قد عرفت مفضيلا أن الشىء لا- يدخل فى المبيع إلا- بالاشتراط، أو بالجزئيه، فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا فى المبيع إلا بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جمله الشروط.

و أما التفصيل بين التابع و غير التابع و القول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصح و إلا فيبطل فان رجوع الى الاشتراط فله معنى معقول و لكن ليس وجها آخر و تفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط و الجزئيه الذى ذكره العلامه و ان أراد المفضل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فإنه لا يدخل شىء فى المبيع إلا بأحد الوجهين من الاشتراط و الجزئيه و إلا فيكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و أما ما ذكره المحقق القمى و

صاحب الجواهر من أن المجهول يكون تابعا في مقام الجعل و التباني فح لا يوجب غرريه معامله و هذا بخلاف ما لو كان التبع في عالم الجعل و التباني و في مقام الإنشاء هو المعلوم و كان المبيع أى المتبوع هو المجهول فإنه ح تكون معامله غرريه و باطله.

و فيه ان كان المراد من ذلك هو التقديم و التأخير في الذكر فله وجه و لكنه لا- يوجب مجرد التقديم و التأخير في الذكر التفصيل بأن يكون أنه ان قال البائع بعتك هذه الدار المعلومه و ما في الكيس الذى هو مجهول يصح البيع و لو انعكس بطل.

و ان كان المراد من ذلك هو الاشتراط و الجزئيه بأن يكون المراد منه أنه لو كان المجهول داخلا- في المبيع بعنوان الاشتراط صح البيع و ان كان بعنوان الجزئيه بطل فله معنى معقول و لكنه ليس تفصيلا آخر في المسأله وراء ما ذكره العلامة(ره)من التفصيل بين الجزئيه و الشرطيه.

و ان كان المراد من هذا التفصيل غير ما ذكرناه فلا نعقل له معنى صحيحا ليرجع الى محصل.

و أما ما ذكره المصنف من احتمال أن يكون مرادهم التابع بحسب القصد من المتبايعين و هو ما يكون المقصود من البيع غير المجهول.

فان كان المراد من القصد هو الغرض الشخصى بأن كان غرض المشتري هو الشئ المعلوم و ان كان قيمه المجهول أضعاف قيمه المعلوم، و لكن غرضه لم يتعلق بالأ- بالمعلوم فمن الواضح أن الأغراض الشخصيه لا توجب رفع الغرر عن معامله كما تقدم في البحث عن بيع الغرر فان الغرر انما هو يتحقق في المعاملات بحسب النوع و ان كان البيع في اعتقاد المشتري غير غررى مثلا لو اشترى صبره مجهوله من الحنطه و لم يكن مورد غرضه الا حقه

واحد فلا- يوجب ذلك ارتفاع الغرر عن المعامله بحسب الغرض النوعى و هكذا لو اشترى أجمه و لم يكن غرضه إلا القصب مع كونها مشتمله على الأسماك الكثيره فإنه لا شبهه فى كونه المعامله غرريه بحسب الغرض النوعى و ان كان غرض المشتري حاصلًا و هكذا و هكذا.

و على الجملة فالاغراض الشخصيه غير دخيله فى رفع الغرر و ان كان أصل قوام الغرر و تحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

و ان كان المراد من القصد و الغرض هو الغرض النوعى و عليه فان كان المقصود الذى جعل تابعا من القله بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا- يكون دخيلا فى زياده المالىه للمبيع أصلا فلا شبهه فى صحه البيع و هذا كما إذا اشترى آجاما و كان هو المقصود من البيع و كانت الأجمه مشتمله على السمكه أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحه البيع فلا يوجب كون المعامله غرريه فإن العاده قاضيه بأن الأجمه لا تخلو من سمك عاده و من هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا- يضر بصحه بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الأول و وجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود و غير دخيل فى مالىه المبيع و ان كان كل من السمك و البيض يباعان مستقلا و يتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شىء آخر و ان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطًا للمقصود بل قد يكون قيمه غير المقصود مساويا مع قيمه المقصود أو أكثر منها،ففى هذه الصوره و ان لم تكن المعامله غرريه بالنسبه إلى المشتري لكون المقصود بمقدار يساوى

القيمه المذكوره و الثمن الذى يعطى للبائع و انما يكون غير المقصود له مجاناً و لكن المعامله غرريه بالنسبه إلى البائع فإنه عامل معاملة لا- يعلم أن ما خرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثلث فتبطل للغرر كما هو واضح، فان هذه المعامله من أوضح أفراد المعامله الغرريه على انه لا يدخل فى المبيع إلا بأحد الوجهين المتقدمين من الجزئيه أو الشرطيه و الآ فىكون أجنبياً عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و ح فلا يكون تفصيلاً آخر غير ما ذكره العلامة من التفصيل بين أن يكون التابع المجهول جزء فىبطل البيع و بين كونه شرطاً فلا يبطل و أما الوجوه الأخر فليست قابله للتكلم عليها بوجه، و قد ذكر هذا الوجه العلامة (ره)أورد عليه المحقق الثانى بأن العبارة لا أثر لها فعلى كل حال فالمعامله ان كانت غرريه فتبطل و الآ فلا تبطل.

و قوى هذا الوجه شيخنا الأستاذ و فرق بين الجزء و الشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول:الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الإطلاق فإن لازم ذلك أنه إذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشره دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أو دينار أقل أو أكثر،فهذا من أوضح أفراد المعامله الغرريه فإن المعامله فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها و ان لم يكن للشروط قسط من الثمن،فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضاً للبائع،فلا يعلم أن فيه أى مقدار من الفلوس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعامله غرريه جداً.

و التحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرك الحكم بىطلان البيع الغرى ان هو دليل نفى الغرر، فلا- شبهه فى كون مثل هذه المعامله غريه كما عرفت و لكن عرفت المناقشه فيه من حيث السند و الدلاله و ان كان المدرك فى المقام هو الإجماع بأن يقال انه قام الإجماع على كون الجهاله مبطله للمعامله فمن الواضح أنه دليل لى فيقتصر على المورد المتيقن و هو ما إذا كانت الجهاله فى المبيع لا فى الشروط إلا أن يكون لأحد قطع على شموله للشروط أيضا و نحن لا نقطع بذلك.

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع الخيار تخلف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط التتيجه فلا خيار فيه فان قول البائع بعتك الشىء الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشتراط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا و يتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار.

الكلام فى الاندار

اشاره

قوله:مسأله يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزياده و النقيصه على المشهور.

أقول:بل ادعى عليه الإجماع و عن الفخر الدين التصريح بدعوى الإجماع و قد ذكرت أقوال فى تفصيل:- الأول:جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجاره و عدم العلم بزياده ما يندر.

الثانى:عطف النقيصه على الزياده فى اعتبار عدم العلم بها.

الثالث:اعتبار العاده مطلقا و لو علم الزياده أو النقيصه.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة فيجوز مطلقا و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى.

الخامس: عطف العلم بالنقيضه على الزيادة السادس: اناطه الحكم بالغرر.

و لكن النفي و الإثبات فيها لا يرد على مورد واحد

تحقيق الكلام هنا

اشاره

فى جهتين:-

الاولى:فى تحقق الاندار فى مقام الإعطاء و القبض و الإقباض بعد الفراغ عن صحه البيع.

و الثانيه:فى كون الاندار فى مقام البيع و مرحله إنشاء المعامله و تصحّ البيع بحيث يكون سالما عن الغرر.

أما الجبهه الاولى فى تحقق الاندار

فلا شبهه فى صحه البيع و عدم كون المعامله غرريه فإنها تحققت صحيحه فالإنذار فى مقام الإقباض لا يوجب قلب المعامله عن صحتها الى غيرها و ح يجوز الانذار مع التراضى فى مقام الإعطاء و لو بمقدار أكثر من الظرف فان المتاع مال للبائع فهو مسلط على ماله فله أن يبذل مقدار منه أو جميعه،فقول شيخنا الأستاذ أن الانذار يوجب جهاله المبيع و لو بعد تحقق البيع صحيحا لا يمكن المساعده عليه و ما ذكره كاشف الغطاء (ره) من كون الانذار موجبا للغرر فيكون البيع الذى وقع فيه الانذار باطلا فى غير هذه الصوره كما سيأتى و ان لم يتراضيا بالإنذار فأیضا لا وجه لبطلان البيع،بل يحكم بصحته إذا كان المبيع مما تعارف الانذار فيه كما بيع الادهان و الدبس و النفط و الاثمار و الأرز و غيرها فان كثيرا من الأشياء قد جرت العاده بالإنذار فيه بعد البيع فإن رضى المالك به فلا كلام فيه كما تقدم،و ان لم يرض به المالك فالشرط الضمنى العقدى نجبره على

الانذار فان جريان العاده بذلك فى حكم الاشراف فى ضمن العقد صريحا فح يجوز الانذار فلا يضرّ بصحه المعامله أيضا.

و ان لم يرض البائع بالإنذار و لم يكن المبيع من الأشياء التى تعارف فيه الانذار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنى فتأخذ القدر المتيقن و نجرى البراءه من المقدار الزائد عنه و باستصحاب عدم زياده عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما إذا مات البائع و المشتري بعد المعامله و وقع النزاع فى مقدار العوضين فإنه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقي بأصالة عدم زياده المبيع عن المقدار المتيقن و براءه الذمه من القدر الزائد منه.

فتحصل أن هذه الصوره خارجه عن مورد النقض و الإبرام و عن محل الأقوال المذكوره كما هو واضح.

الجهه الثانيه: أن يكون الانذار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر

بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشئ الفلانى و هو مع ظرفه عشره حقق الظاهر أنه لا شبهه فى بطلان البيع فى هذه الصوره لكونه من أظهر أفراد الغرر إذ لا- يعلم أن مقدار المبيع أى قدر وزنه فهل يحتمل أن الشئ إذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه إلى شئ آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الإنسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جملة منها و باع الباقي فإن معلوميه المجموع لا- يوجب صحه بيع البقيّه المجهوله كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالإنذار أم لا، فان راضاهما لا يوجب صحه البيع المنهى عنه شرعا فهو نظير راضاهما ببيع الخمر و الخنزير

و القمار فهى الشارع عن معاملة غير تابع برضى المتبايعين و ما ذكره الأصحاب و كاشف الغطاء(ره) من عدم كون رضى المتبايعين موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصورة و قد اتضح النفي و الإثبات فى كلمات كثير من الأصحاب لو لم يكن كلهم لم يرد على مورد واحد و من هنا اتضح أيضا مورد الروايات أيضا كما يتضح لمن يلاحظها و علم أن الروايات انما وردت على طبق القواعد لا على خلافها.

فتوهم أنها وارده فى نفس البيع فيصح مع التراضى على خلاف القاعدة فاسده عن حنان فى الموثق (1) قال: كنت جالسا عند ابى عبد الله(عليه السلام) فقال له معمر الزييات قال لأبى عبد الله(عليه السلام) انا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها كون المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري.

أقول: معنى الروايه و الله العالم ان السؤال انما وقع عن الانذار بعد تحقق البيع و الشرى، فقال الامام(عليه السلام) انه ان كان ما يندر يحتمل الزيادة و النقيصه فلا- بأس به يعنى أنه يحتمل فهو موافق للعاده الجاربه عليه فى السوق و الخانات حيث يشترى الأمتعه من الاثمار و الألبان و يندرون لظروفها مقدارا يحتمل الزيادة و النقيصه فحيث أنه موفق للعاده و لسييره الجاربه على ذلك قال الامام(عليه السلام) فلا بأس به أن يكون زائدا عن مقدار الظرف و يحتمل أن يكون ناقصا عنه أو زائدا و أما إذا تعين كون الانذار زائدا

ص: ٤٤٧

عن الظرف و لم يحتمل الزيادة فهو حرام لانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه، فلذا نهى عنه الامام (عليه السلام) فقال لا تقربه فهذه الروايه راجعه إلى بيان حكم الاندار بعد المعامله لا فى بيان حال الاندار عند البيع و ضمير لا تقربه يرجع الى الاندار لا الى البيع كما هو واضح فتدل على عدم الجواز فى صورته الزيادة مطلقا رضى به البائع أم لا.

و دعوى ظهور الروايه فى صورته التراضى من جهه أن المحاسب أما البائع أو وكيله و على كل حال فهما راضى بذلك دعوى فاسده فإن العاده جاريه حتى الآن على كون المحاسب غير البائع و وكيله كما نشاهد فى السوق و الخانات أن أهل البادية يجلبون الاثمار من الرقى و البرتقال و الرمان و غيرها أو الألبان و غيرها من الأمتعه و يقفون فى الخارج و ينظرون إلى أمتعتهم فيوزن شخص واحد و يحاسب شخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمه أمتعته على حسب انصافهم أقل أو أكثر، ففى هذا المقام نهى الامام (عليه السلام) عن الاندار بالزيادة بحيث لا يحتمل النقيصه أو التساوى فقولته (عليه السلام) ان كان زائدا فلا تقربه ليس معناه أنه إذا احتتمل الزيادة دون النقيصه مقابل احتمال الزيادة و النقيصه فإنه خلاف الظاهر من الروايه نعم لو رضى البائع بالزيادة كما هو المتعارف فعلا فلا بأس به على القاعده حيث يوزنون الاثمار فى الخانات من الرقى و غيره و بعد تمام العيار يأخذون الواحد أو الاثنين يعطونه للمشتري فإنه لا بأس به لجريان العاده عليه و رضى البائع بذلك و تدل على الجواز مع التراضى الروايتان الأخيرتان فتكونان مقيدتين لروايه معمر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضا وردتا على طبق القاعده فإن التصرف فى مال الغير مع رضى منه جائز.

أحدهما روايه (1) على بن أبى حمزه و الثانيه روايه (2) قرب الاسناد

ص: ٤٤٨

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ٢٠ حد ١.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٣ حد ٣.

اللذان نقلهما المصنف.

ثم انه إذا انكشف الخلاف أما بالزيادة أو بالنقصه فيكون داخلا- تحت المسأله المتقدمه و هى إذا باع صبره على انها عشره أرتال فبانت زائده أو ناقصه فقد تقدم ان مقتضى القاعده هو الانحلال فيصح فى الموجود و يبطل فى الناقص.

و مع الزيادة يرد إلى البائع ان لم يرض بالبيع و إلا فيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا.

و قد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين:- الأول: فى مقام تصحيح البيع لئلا يكون بيع مجهول.

و الثانى: فى مقام التسليم.

أما الأول: فلو اخرج مقداراً بعنوان الانداز لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ما تقدم من انه لو باع صبره ثم ظهر الخلاف بالزيادة أو النقصه فهل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري أم لا، و قد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون إلهيه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد المالىه و الا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم.

و اما الانداز فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقداراً ثم ظهر الخلاف فلا خيار فى شىء من الصور التى ذكرناها سابقاً من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الأخذ بالمتيقن و نفى الزائد بالأصل.

أما فى صورته التراضى فلو رضيا يانداز مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المندر فلا شبهه فى صحه المعامله و لزومها و أن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك و يكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

ص: ٤٤٩

هبة من مالك المثلث أو مالك الثمن و أما مع عدم التراضي بالنسبة إلى الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق إلى الآخر و مع عدم الزيادة و النقيصه فلا فاما من ليس لأحدهما حق على الآخر أصلا فله خيار و من له حق للآخر فيرجع الى حقه من دون خيار و هكذا الكلام في الشرط الضمني أيضا فإن العاده جاريه بإنذار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه و مع الزيادة من المقدار المتعارف أو النقيصه منه يرجع ذو الحق إلى الآخر و أما الزائد و الناقص في نفس المقدار المتعارف فيرجع الى الهبة كما عرفت في الصورة الاولى و أما فيما إذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأیضا يرجع كل منهما الى غيره و لا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرده الى صاحبه، بل وجب عليه رده الى صاحبه فتحصل أن في شيء من هذه الصور ليس لواحد من المشتري أو البائع خيار نعم لو منع البائع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شيء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المنذر.

الكلام في بيع الظرف مع مظروفه

قوله:يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا- بوزن المجموع أقول:حاصل ما ذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا- خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذي يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتى مع الجهالة أيضا فهذا يجوز بيعه منضمًا أيضا فإن الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف في بيع أحد المنضمين معرفه وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى و مثل عليه بأنه لو باع سبيكه من ذهب

مرّد بين مائه مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع بالنص و الإجماع، الدال على اعتبار الكيل فى المكييل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الإجماع هو معرفه مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء جزء فلا- دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفه وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا بيع الفضة بالشمع عند الصياغه كالخلخال مثلا و عدم جواز بيع الشمع ككك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع و لا تضر جهاله الشمع و الآ فلا.

و التحقيق أن يقال أن المبيع تاره يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما و أخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الأول فلا- يجوز البيع أصلا سواء كان غرريا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكييل و اعتبار الوزن فى الموزون. بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل و ان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بأنه لو جعل مقدار من الحنطه فى أحد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمه واحده فإنه يبطل هذا البيع لا لكونه غرريا، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر و أما إذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم بمقدار المظروف فهذا على نحوين:- الأول: أن يبيع المظروف و الظرف مجموعا على عشره دنانير مثلا- انه يقول البائع بعتك مجموع خمسه أرطال من الحنطه الموجوده فى هذا الظرف مع ظرفه على عشره دنانير بحيث لا يعلم أن ما يقع فى مقابل الظرف أى مقدار

من الثمن و ما وقع فى مقابل المثلن أى مقدار منه فهذا لا شبهه فى صحته فان المانع عن صحه البيع هو الغرر و المفروض انه منفى و كذا المانع الأخر و هو عدم وزن المظروف مع كونه من الموزون و الظرف انه موزون أيضا غايه الأمر لا يعلم أن ما فى مقابل المظروف أى مقدار من الثمن و ما فى مقابل الظرف أى مقدار منه فهذا غير لازم بعد عدم الغرر كما لا يخفى.

الثانى: أن يبيع مجموع الظرف و المظروف بخمسه عشره ليكون على الظرف خمسه و على المظروف عشره على حساب كل رطل بدينارين مع كون المظروف خمسه أرتال فإنه يكون ثمن كل واحد من الظرف و المظروف معينا فهذا أيضا لا شبهه فى صحته فان انضمام الظرف بالمظروف هنا كانظام شىء أجنبى بالمبيع ككتاب الرسائل فلا يلزم منه محذور كما عرفته فى الشق الأول و تظهر الثمره بين الصورتين أن فى الأولى مع ظهور شىء من المظروف أو الظرف مستحقا للغير فلا بد من إرجاع المجموع من الظرف و المظروف الى العرف حتى يقوم المجموع ثم يقوم كل واحده منهما و الرجوع الى التفاوت بالنسبه و هذا بخلافه فى الصوره الثانيه فإن قيمه كل من الظرف و المظروف معينه فى نفسه.

الثالث: أن يكون الظرف و المظروف من الموزون و كان مقدار كل منهما مجهولا مع كون المجموع معلوما كما إذا فرضنا أن الظرف سبيكه من الفضة و المظروف سبيكه من الذهب و نعلم أن منا مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من الفضة و نشك أن تسعه مائه مثقال أ هى من الفضة أم من الذهب مع العلم بكون المجموع ألفين مثقال فذهب بعضهم الى فساد البيع لكونه غوريا و بيع جزاف إذ لا يعلم أن تسعه مائه مثقال ذهب أم فضّه فأى خطر

أعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحة البيع فى هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنى كون البيع غرريا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا يدرى المتبايعان انه موجود أم لا أو فيما يكون الجهل بأوصاف المبيع التى دخيله فى المالىه و أما الجهل بالقيمه فغير مربوط بالغرر و انما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثه دنانير فإنه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفه القيمه و لم يتوهم أحد هنا فساد المعامله لكونه غرريا و كذلك لو أقدم على الغبن مع العلم فإنه يحكم بالصحه أيضا و فى المقام أن مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من فضه معلوم و التسعه مائه مجهول أنه ذهب أو فضّه فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضّه بدرهم و ان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضه منفردا منفردا فلا وجه لبطلان البيع فإنه من مصاديق بيع الصبره و قد عرفت صحه بيعها مجموعا بعنوان كل رطل بكذا فان انضمامها الى ما يعلم بمقدار المجموع لا- يوجب البطلان و على هذا فإذا باع مجموع ألفين مثقال كل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن و الاقدام عليه فلا وجه لبطلان المعامله و بالجمله أن الغبن فى المعامله غير الغرر فيها فلو أقدم المتعاملان على الغبن أو انجبر الغبن بالخيار فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر كما لا يخفى.

و على الإجمال أن كل من الظرف و المظروف و ان كانا مو الموزونين و لم يعلم بمقدار كل منهما على التفصيل و لكن ذلك مثل بيع الصبره كل رطل بكذا فيجوز للبائع ان يبيع ذلك المجموع المركب بأن كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضه بدرهم و صحه البيع فى مثل ذلك لا يستلزم العلم بمقدار الصبره أصلا و كك يصح بيع مجموع الذهب و الفضه على حساب كل

ص: ٤٧٣

مثقال بدرهم مع الاقدام على الغبن فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غير موارد الغرر كما عرفت.

و على كل حال فلو كان الطرف و المظروف كليهما من الموزون و لم يعلم مقدار كل واحد منهما على التعيين و لكن علم مقدار المجموع من حيث المجموع فيصح بيعه على حساب كل رطل بكذا و كذا يصح بيع مجموعها بقيمه الذهب أو بقيمه الفضة مع الاقدام بالغبن فان الغبن غير الغرر كما عرفت.

الكلام فى استحباب التفقه فى الدين

اشاره

قوله (ره):مسأله:المعروف بين لأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا.

أقول:قد وقع الإشكال فى هذا التعبير أى بالاستحباب مع أن تعلم الاحكام من الواجبات للآيات و الروايات الكثيره منها آيه (١)النفر و توضيح المسأله أنه قد يجب تعلم الأحكام الشرعيه صونا لها عن الاندراس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار فى حق كل أحد و يجب عليهم كفايه كما هو مقتضى التعبير بمن فى قوله تعالى فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَخَوَّفْنَا لَلَّذِينَ نَقَلْنَا بِالنَّبِيِّ هَذَا الْقِسْمَ مِنَ التَّعْلِيمِ كَمَا لَا يَخْتَصُّ بِشَخْصٍ دُونَ شَخْصٍ، بل يجب على كل شخص و لكن كفايه بحيث لو تعلم من به الكفايه لسقط عن الباقيين كما عرفت من الآيه و كك لا تختص بحكم دون حكم، بل يجب تعلم جميع

ص: ٤٧٤

الاحكام لكي لا تدرس بل تبقى حسب طول الزمان حتى المسائل التي لا يتليها كمسائل الحيض و النفاس و الحدود و نحوها
ثم أن التعلم في هذا القسم لا- بد و أن يكون عن اجتهاد و استنباط فان بقائها انما كذلك فهذا قسم من وجوب التعلم على
الاجتهاد بعنوان الكفايه فلو تركوه لعوقب الجميع.

و قد يجب التعلم لأجل العمل بها فان تركه موجب لتفويت الواقع و هذا انما يكون في المسائل التي يتليها المكلف عادة و لا
يجرى في غيرها فهذا انما يجب عينا لكل أحد و لا يلزم أن يكون ذلك بحسب الاجتهاد، بل يجوز ان يكون به و بالتقليد أيضا و
كل من ترك التعلم في تلك المسائل حتى وقع في الحرام الواقعي يعاقب عليه فهل العقاب على ترك الحكم الواقعي، أو على
نفس ترك التعلم نزاع بين الأردبيلي و المشهور حيث قال المشهور يكون العقاب لترك الواقع و ذهب المحقق الأردبيلي إلى
كونه لنفس ترك التعلم و تفصيل الكلام في علم الأصول، و هذا أيضا قسم من تعلم الاحكام فلا يجب الا فيما يطمئن ان يتلى
به و أما في غيره فلا.

و قد يجب هذا عقلا- و نقلا- أما النقل فالروايات الكثيره الداله على وجوب تعلم الاحكام مثل أن يقال للرجل يوم القيامه لماذا
عملت فيقول ما علمت و يقال لماذا علمت و أما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففي كل واقعه يجب أن يتعلم من حكمها معامله
كانت أو غيرها لذلك و مع الترك و الوقوع في الحرام الواقعي فيعاقب كما إذا ارتكب بالبيع الربوي و تزيد المعاملات على
غيرها بعدم جواز التصرف في شيء من الثمن و المضمن لاحتمال فساد معامله أما المضمن فلاستصحاب بقائه في ملك مالكه مع
ذلك الاحتمال فلا يجوز التصرف فيه الا مع العلم بالناقل و أما الثمن فلاحتمال انتقاله إلى البائع فلا يجري

هنا استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه في المثلث فإنه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجری قبل الفحص.

و على الاجمال لا- يجوز ترك التعلم في المسائل التي يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم و لا- يجوز التصرف في الثمن و المثلث في المعاملات لما ذكرناه.

و هنا قسم ثالث و هو أن يحتمل الإنسان أن يبتلى بمسائل في طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدله الاحتياط كما إذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فإنه لا- يبتلى عادة بمعامله الحيوان و مع ذلك يحتمل ابتلائه بذلك و هكذا مسائل الزكاه و نحوها فان التاجر في هذا الزمان لا- يبتلى عادة بالزكاه و مع ذلك يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و كذلك لا يحتمل الإنسان عادة ان يبتلى بالذهاب إلى الخارج و مع ذلك يستحب أن يتعلم احكامه من حكم القبلة و الطهاره و النجاسه و المعامله معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس و هكذا و هكذا و لكن لا- يجب ذلك لأنه يطمئن بعدم الابتلاء كما لا يجب للرجل معرفه أحكام المرأه و لا- يجب للمرئيه معرفه أحكام الرجل من صلاته و صومه و لبسه و غيرها و إذا ابتلى احد بما كان مطمئنا بعدم ابتلائه و وقع في الحرام الواقعي لا يعاقب على ترك التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجه له عند الله و به يكون معذورا في الوقوع على الحرام كما هو واضح فمراد الفقهاء من حكمهم باستحباب تعلم مسائل الحلال، و الحرام، هو هذا القسم كما مثلنا، بمثل معرفه مسائل خيار الحيوان و مسائل الزكاه.

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحكام و بين ما دل

على مطلوبيه الاكتساب فان ما دل على استحباب الاكتساب أعم من أهل العلم وغيره و جمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلك الأخبار الداله على مطلوبيه الاكتساب و لكنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه كثيرا لا ينافي الكسب لطلب العلم كما إذا عرف كسبا يصرف وقته فيه قليلا و لكن يربح كثيرا فان مثل هذا كيف يقال في حقه انه ليس في حقه طلب الكسب و أما ابتلاء فان الناظر في تلك الأخبار الداله على مطلوبيه الاكتساب يرى أنها أعم فلا وجه لإخراج أهل العلم عن تحتها لعدم الدليل عليه على أنه قد لا يكون الكسب مزاحما لتحصيل العلم كما إذا كان له خط جيد فيكتب سطرًا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصيله بل يستحق بذلك التفصيلتين و فاض بأجر تحصيل العلم و تحصيل الكسب فأى شيء أعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأى الحدائق ثبوتا و إثباتا فان الكاسب حبيب الله و ان كان طالبا للعلم.

و بعبارة أخرى قد دلت الروايات الكثيره على استحباب تحصيل العلم و كون الأخبار الداله على استحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيد ذلك بجملة من الاخبار الداله على حسن التوكل و أن أهل العلم لا بد و ان يتوكل على الله تعالى في أموره و يطلب من الله تعالى رزقه و أيضا أيده بكلام الشهيد في المنية و لكن الظاهر أنه لا دلالة في شيء من المذكورات على مقصد الحدائق كما افاده المصنف فان حسن التوكل على الله لا يدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الإنسان يتوكل على الله و يقعد

فى بئته بل معناه أنه بىب لكل شىء أن ىتوكل على الله فى أموره بالىءصو ص أهل العلم فإنهم قواد الذىن بل كانت الأئمه ىتوكلون على الله و مع ذلك كانوا ىشتغلون بالكسب و كان الأمير علىه السلام أول من آمن بالله و ىتوكلوا علىه و مع ذلك موآر نفسه لليهودى و ىشتغل بالزراع و التجاره و فى مآموعه الورام أن الباقر(علىه السلام) كان ىرآع من البستان و كان ىتكئا على الغلامين فاعترضه أحد الصواف مالآق قد آرآت فى هذه الحراره لطلب الدنيا فقال علىه السلام لىس هذا طلبا للدنيا بل من العباده.

و بالآمله لا إشعار فى شىء مما دل على لزوم التوكل و حسنه على ترك الكسب و الاىشتغال بطلب العلم و الآ لآاز الاستدلال بها على القعود عن الكسب و الحرآه و التوكل على الله فان الله و ان أمر بالتوكل و مع ذلك أبى أن ىآرى الأمور إلا بأسبابها فلا بد من الحرآه نحو الحاجه و التوكل على الله فى آمىع الأمور سواء كان فى طلب العلم أو فى طلب الكسب نعم هل العلم امتاز آاص فى لزوم التوكل فإنهم ىقودون الناس الى الله فلا بد و أن ىكون إىكالهم الىه مآضا.

على أنك قد عرفت أن ما افاده صاحب الحدائق لىس بتمام ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه قد لا ىزاحم الكسب آآصىل العلم أصلا و مع ذلك كىف ىلتزم بعدم شمول أدله استآباب الكسب فى آقه و قد عرفت مثاله، و أما إثباتا فلعدم الدلىل علىه بوجه كما لا ىآفى.

الكلام فى نزاحم الكسب و طلب العلم

و الآآقىق أن ىقال أنه لا معارضه بىن أدله استآباب طلب العلم و

بين أدله استحباب طلب الكسب، بل هما من قبيل المتزاحمين و بيان ذلك أنه قد يكون كل من طلب العلم و طلب الكسب مستحبا في حقه كما إذا كان عارفا لمسائله و أحكام دينه بالمقدار المعتد به و بالمقدار الذى يتبليه عادة و كان أيضا من الحافظين للدين عن الاندرااس موجودا من المجتهدين و كان عنده أيضا من المال ما يكفيه بمثوته و مثونه عياله الواجب النفقه فإن مثل هذا الشخص يستحب له تحصيل العلم فى المسائل التى يحتمل ابتلائه بها أو يتعلم لتعليم الناس أو يتعلم ليدخل نفسه فى سلك المجتهدين الموجودين بمقدار الكفايه ففى مثل ذلك يكون المقام من باب تراحم المستحيين فىكون كسائر المستحبات فان فى كل آن يتبلى الإنسان بذلك كثيرا فالآن يستحب لنا زياده الأمير عليه السلام و قضاء حوائج المؤمنين و إتيان النوافل و هكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام و ليس من مقام التعارض هنا شىء و لكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع فى الحرج من جهه عدم قدره على الامتثال حتى يتعين فى حقه أحدهما فإن هذا مختص بالحكمين الالزاميين و أما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو إتيان أحدهما على حسب اختياره.

و لكن يقع الكلام هنا فى ترجيح أحدهما على الآخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين و احياء شريعته سيد المرسلين و إرشاد العوام و اهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبة على الكسب فيرجع طلب العلم على طلب الكسب كما إذا لم يترتب على كسبه إلا إعانه فقير واحد أو توسعه عياله فقط أو زياره أحد الأئمه عليهم السلام.

و ان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم، فالأمر بالعكس كما إذا كان المترتب عليه تعمير المدارس و المساجد و المشاهد

و إتمامه الحوزه العلميه و تأمين معاش أهل العلم و قواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الإسلام، و لكن لا يترتب على طلبه العلم الآ تعليم جاهل و أحد مسأله واحده بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره و مع عدم وجود المرجح فى البين يتخير فى اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لأحدهما أيضا فإن الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غايه الأمر مع ترك الأهم و أخذ المهم لزم ترك الاولى.

و قد يكون أحدهما مستحبا و الآخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزا عن المستحب كما إذا كان عارفا بمقدار ما ينتليه عادة من الاحكام و كان من حفاظ الدين من فيه الكفايه و لكن كان عنده من الأشخاص من يجب إنفاقه فح يتعين الكسب فى حقه و إذا كان الأمر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التكسب كما إذا كان الأمر على العكس.

و قد يكون كل منهما واجبا كفاثيا فى حقه فله اختيار أيهما شاء مع عدم المرجح كالواجبتين التخييره و ان كان فى أحدهما ترجيح، فيختار ذو الترجيح و ان كان مع كونهما واجبا فى حقه كفايه قد قام بأحدهما شخص فيكون الأخر فى حقه واجبا عينيا مع عدم قيام شخص آخر عليه.

و قد يكونان واجبين عينيا فح يكون المقام من تراحم الواجبين عينين فان كان أحدهما أهم فيختاره على الأخر و الا فيتخير فى ذلك كسائر الواجبات التخييره.

و أما جواز صرف من يشتغل بالتحصيل من الوجوه الشرعيه مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام (عليه السلام) فيجوز صرفه مع مراعاة الجهات الشرعيه بحيث لا- يعد كلا- للإمام (عليه السلام) بل تكون له خدمه له (عليه السلام) و أما لو صرف وقته فى المجالس و مضى عمره بالمماطله و المساهله، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا

يجوز له أن يصرف من سهم الامام(عليه السلام)و أما إذا كان له خدمه للدين و ان تمكن من تحصيل الرزق بالتكسب فيجوز له أن يصرف من سهم الامام(عليه السلام).

و الحاصل:أن المناط فى صرف سهم الامام(عليه السلام)هو القطع برضى الامام (عليه السلام)و الا فلا يجوز له ذلك بوجه.

و أما سائر الوجوه البريه من النذر و الوقف و الصدقات و غيرها مما وضعت للجهات العامه فيجوز صرفها لأهل العلم أيضا على النحو الذى قرره الناذر و الواقف فلا يشترط فيها الفقر و لا ما يعتبر فى صرف سهم الامام(عليه السلام)من اشتراط،بل المناط هنا هو انطباق الجهات البريه على الشخص.

و أما الزكاه و الخمس فلا يجوز لمن يكون قادرا على الكسب أن يصرف منهما أصلا ما لم يكن التحصيل فى حقه واجبا فان مصرف الزكاه هو الفقراء و مصرف الخمس هو الفقراء من بنى هاشم و فسروا الفقير بأنه لا يقدر على تحصيل قوته فعلا أو بالقوه و من يحسن الصناعه فليس بفقير و مجرد كون تحصيل العلم مستحبا فى حقه لا يجوز له الأخذ منهما و الآ لجاز أن يشتغل بالاعمال المستحبه و يصرف من الزكاه و الخمس بان يصلى النوافل دائما و يأكل من الزكاه أو من سهم سبيل الله فإنه موضوع للجهات التى كانت راجعه إلى الدين.

الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحيته

قوله:مسأله:لا خلاف فى مرجوحيه تلقى الركبان.

أقول:الأقوال فى المسأله ثلاثه،قول بالحرمة و قول بالكراهه و قول بعدم الحرمة و الكراهه أما الحرمة فاستدل عليها بالروايات الناهيه عن

التلقى الركبان و لكنها ضعيفه السند و دعوى الاطمئنان بصدور بعضها لكثرتها و استفاضتها دعوى جزائفيه فإنها لا توجب الاطمئنان بالصدور و مع تسليم ذلك فلا يفيد لغير من حصل له الاطمئنان و الظن بالصدور لا يفيد لعدم كونه حجه فلا يغنى من الحق شيئاً، بل لو كان التلقى الركبان حراماً لظهر بين الفقهاء على رؤوس الاشهاد و ليس كك.

و أما القول بالكراهه فهو مبنى على أمرين أحدهما تماميه أخبار من بلغ الداله على التسامح فى أدله السنن بدعوى أنها ظاهره فى ما بلغ عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاه أنه صدر من رسول الله فيثاب على ذلك العمل و ان كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يقله و لو أريد من تلك الأوامر الداله على التسامح فى أدله السنن الإرشاد إلى حكم العقل بحسن إتيان العمل رجاء و احتياطاً لدرك الواقع فلا يدل على التسامح فى أدله السنن.

الأمر الثانى أن تكون شامله للكراهه أيضاً فلو اقتصر على مواردها و هى ما كان فيه أمر ففى موارد الكراهه ليس أمر، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصح التمسك بتلك الاخبار فى المقام لإثبات كراهه التلقى و مع تسليم هاتين المقدمتين فلا وجه للإشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدله التسامح للمكروهات و لكن التمسك بها فى المقام بدعوى أن ذلك إنما يفيد فى مورد ورد خبر ضعيف يدل على الكراهه فإنه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف و أما فى المقام فان تمت الأخبار المذكوره فتدل على الحرمة و الآ- فلا- حرمة و لا كراهه فإن وجودها كعدمها و كذلك الحال فى الاخبار الضعيفه الظاهره فى الوجوب فإنها لا تشمل ذلك و قد ناقش بذلك بعض الأعلام لإثبات الاستحباب أو الكراهه بالأخبار الضعيفه الداله على

و فيه أنه قلنا في البحث عن أدله التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمة و الوجوب إذا كان ضعيفا و ذلك فان ما دل على الوجوب يدل على جواز العقاب على الترك و على ثبوت الثواب على الفعل فبضعف الروايه الداله على الوجوب يسقط العقاب على الترك لخروجه عن الحجيه و يبقى الثواب على حاله لأدله التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمة التلقى أو كراهته شروطا الأول أن لا يكون التلقى أربعة فراسخ و أزيد و إلا فيدخل ذلك تحت عنوان المسافره فإن الذهاب أربعة فراسخ و الإياب منها سفر شرعى فالمسافره للتجاره ليس فيها بأس بل مطلوب فى الشريعة و مندوب اليه و قد ذكر ذلك الشرط فى اخبار التلقى فهل الغايه أى رأس الأربعة داخله أو خارجه فذكر بعضهم أنها داخله و لكن الجمع بين صدر روايه النقيصه و ذيلها يدل على خروج الحد عن المحدود، كما ذكره المصنف(ره)على أن الوصول إلى الغايه تحقق موضوع المسافره فيخرج بذلك عن عنوان التلقى و يدخل تحت عنوان السفر للتجاره كما لا يخفى.

الشرط الثانى: انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقى فلو كان ذلك لغرض آخر فصادف فى الطريق ذلك فعامل معهم فيكون خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجاره و أيضا يعتبر أن يكون التلقى لأجل التجاره فلو تلقى لأجل استقبال القادم فصادف التجار فى الطريق فاشترى منهم متاعهم فأیضا يكون ذلك خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجاره نعم الظاهر من قوله(عليه السلام)فى روايه (1)عروه و المسلمون

يرزق الله بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صورته قصد التلقى و قصد التجاره فكأن الغرض هو وصول مال التجاره إلى المدينه فان في رؤيه الناس ذلك حكمه عجيب فإنه يوجب امتلاء أعين الناس جدا.

و فيه أن هذا ليس بعلة للحكم بل حكمه له و الا- فيجرب ذلك فيما إذا اشترى جميع مال التجاره شخص واحد حين الدخول بالبلد على أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجاره إلى المدينه فالمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض فإنه إذا توجهت التجاره إلى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمة الرخيص.

ثم انه ذكر في روايه عروه حكم آخر و هو قوله و لا يبيع حاضر لبادى و لكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد و لا يصد بذلك، بل يخلى بينه و بين أهل البلد فإنه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمة عاليه فيكون نوع الناس فى مضيقه بخلافه إذا تصدى شخص البادى بذلك فإنه يبيع بقيمة الرخيص فيكون فى ذلك توسعه لنوع الناس مثلا إذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لأهل البلد ككك فيكونون فى مضيقه.

و ليس المراد من قوله (عليه السلام) و لا يبيع الحاضر لبادى أنه لا يبيع الحاضر متاع شخص لباد فإنه غير محتمل جدا فإن البادى يحتاج إلى المأكلا و المشرب فكيف لا- يسوغ لأهل البلد أن لا يبيع لبادى، بل يجوز ذلك بلا شبهه حتى فى الطريق ثم انه لا فرق فى ذلك بين البيع و غيره من الصلح و نحوه فان الغرض من النهى عن التلقى سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقى للتجاره و التجاره غير منحصره بالبيع ثم ان من قبيل تلقى الركبان كراهه أو حرمة استقبال الخدمه الزوار لأجل إعطائهم

المسكن، بل لا بد و ان يخلوا سيبلهم فان المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض كما لا يخفى كما لا فرق بين كون التلقى لاشترء متاعهم كما تقدم أو للبيع منهم بان يكون غرض الركبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرين فباع منهم ما يحتاجون اليه.

ثم ان فى بعض الروايات أن الركبان إذا باعوا من الحاضر فجاءوا سوق فلهم الخيار.

أقول: ان كانت المعامله مشتمله الغبن، فيثبت لهم خيار الغبن من غير احتياج إلى الروايه و إلا فلا وجه للخيار فإنه لا معنى لثبوت الخيار بمجرد الدخول فى السوق على ان الظاهر بحسب الفهم العرفى هو صورته كون المعامله مشتمله على الغبن، فان ظاهر قوله (عليه السلام) إذا جاءوا بالسوق فلهم الخيار، يعنى لو كانوا مغبونين لا مطلقا على أن الروايه ضعيفه السند، و اما النجش فقد تعرض له فى المكاسب المحرمه فلا وجه للإعاده (و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعه و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزياده).

الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا

أشاره

قوله: مسأله: إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم و لم يحصل للمدفع إليه، إلخ.

أقول: تاره يدفع المالك ماله لشخص و يكون المدفوع اليه مستقلا فى التصرف فيه كيف ما يشاء فلا يكون رأى الدافع ح متبعا بوجه و هذا كما إذا كان المدفوع اليه و كيلا للدافع بان يدفع اليه مالا ليصرفه فى محله و المدفوع

اليه مخير في ذلك كيف ما يشاء و من هذا القبيل دفع الوجوه الشرعيه إلى المجتهدين ليصرفوها في مواردنا.

و أخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا و يعين مواردنا فهل يجوز له الأخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه أم لا، كما إذا دفع اليه سهم الامام (عليه السلام) أو الخمس أو الزكاه أو غيرها من الوجوه الشرعيه و قال أعطاها للصنف الفلاني و كان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولايه تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البائع هو الحاكم الشرعي بناء على ثبوت ولايه له عليها أو كان المدفوع من أموال الطلقه للدافع فهو على أقسام شتى: - الأولى: أن تقوم قرينه خارجيه على عدم رضى الدافع بأخذ المدفوع منه فإنه ح لا يجوز له الأخذ منه لأنه تصرف في مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقداراً خاصاً و قامت القرينه على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص.

الثاني: أن يظهر الدافع قرينه حاله أو مقالیه على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع و هذا و كك الشق الأول مما لا اشكال فيه و انما الإشكال في الصوره الثالثه و هو يدفع اليه مالا و يقول ادفعه في أصناف معينه و كان المدفوع اليه منهم فهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذي يدفع الي أفراد الأصناف أم لا.

و كك يقع الإشكال في الشق الآخر في الصوره الثانيه و انه إذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد آخر غيره من المحصلين المبتدين و قد عین لهم عشره مع أنه من العالين و قد عین لهم عشرين و كك إذا عین على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين و قد كانوا من المبتدين

اعتقاد الدافع و ان كان على خلاف الواقع أو يتبع الواقع و ان كان على خلاف اعتقاد الدافع و الظاهر أنه ان كلامه أعطى هذا للفقراء بعنوان القضية الحقيقيه فح يتبع الواقع و الأ- فيتبع اعتقاد الدافع و مراد المصنف من الموضوعيه هو الأول، و مراده من الداعويه هو الثانى.

و بعبارته أخرى أن كلامه بعنوان القضية الحقيقيه فيكون الواقع متبعاً، و انما ذكره بعض المصاديق على خلاف الواقع من باب الخطأ فى التطبيق و ان كان غرضه من كلامه هو المصرف لما فى الخارج و بيان ما يعلم أنه من هذا الصنف فيتبع اعتقاده فإن الداعى انما يتفرع على الاعتقاد لا- الواقع و كلامه معرف لما اعتقد به و ان لم يكن هنا ظهوراً فيدخل فى القسم الثالث و اما القسم الثالث: و كك الثانى مع عدم الظهور فى شىء اختلفت هنا كلمات الفقهاء فذهب جمع من الأصحاب إلى حرمة الأخذ و لذا قالوا: لو قالت امرأه بشخص زوجنى من أحد فلا يجوز له ان يزوجه من نفسه، فان ظاهر الوكالة كونها التزويج لغيره و كذا لو وكله لا- شراء شىء فلا- يجوز ان يبيعه مال نفسه و ذهب جمع آخر الى الجواز فيما إذا طلق من دون زياده على غيره و فصّل بعضهم بأنه ان قال الدافع ضع هذا المال فى الفقراء مثلاً و كان المدفوع اليه منهم فيجوز له الأخذ منه بقدر ما يخصه و ان قال أعطه للفقراء فلا يجوز فإن الإعطاء ظاهر من كون المعطى له غير المعطى و لكن هذا التفصيل ليس تفصيلاً فى المسألة بل تعيين لظهور كلام الدافع.

و هنا تفصيل آخر و هو انه إذا قال الدافع أعطه للفقراء مع علمه بكون المدفوع اليه من الفقراء لم يجز له الأخذ بما يخصه من المال فإنه لو كان بناء الدافع الإعطاء له لخصه بالذكر أيضاً، و ان لم يعلم بفقره جاز له الأخذ

بما يخصه فان غرض الدافع وصول المال الى هذا الصنف فهو منهم و لكن هذا التفصيل أيضا ليس تفصيلا فى المسأله، بل هو بيان لمورد ظهور كلام الدافع فإذا فتنحصر الأقوال بالقولين الجواز مطلقا و المنع كك.

و قد استدل على عدم الجواز بما هو مقتضى الأصل الاولى هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه فلا يجوز له التصرف فى ذلك و كك الأمر لو وكلته امرأه فى تزويجها من أحد أو وكله أحد فى شراء شىء له، فإنه لا يجوز له تزويجها من نفسه كما لا يجوز له بيع ماله من الموكل فإن الأصل عدم الجواز إلا فضوله فان ظهور الوكاله أن يكون التزويج و البيع و الشراء من غير نفسه لظهور الوكاله فى المغايره.

و بالجمله ففى المقام مقتضى حرمه التصرف فى مال غير هو عدم الجواز إلا مع الاذن فيه من صاحب المال و أيضا استدل على عدم الجواز بقوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن الحجاج المستنده فى التحرير الى الصادق (عليه السلام) و ان أضمرت فى غيره، فإنه لا يضر الإضمار من أحد بعد اطلاع غيره على المنقول عنه و قد قلنا فى مبحث الاستصحاب فى الروايات التى استدلت بها على حجية الاستصحاب أن الروى الواحد سأل الإمام (عليه السلام) عن عده أحكام و قال فى مقام النقل عاطفا بعض الجمل على البعض بقوله و سألته و حيث قطعوا الاخبار و قد حصل الإضمار من التقطيع فإذا اطلع أحد بأصل الروايه فينقلها بغير إضمار كما اطلع بحر العلوم على ذلك فى روايات الاستصحاب حيث نقل بعضها عن الصادق (عليه السلام) و بعضها عن الباقر (عليه السلام) و بعضها عن أحدهما (عليه السلام) و كك فى المقام و قد اطلع العلامة على أن المنقول عنه هو الصادق (عليه السلام) فنقل الروايه عنه (عليه السلام).

و كيف كان قال سألته عن رجل أعطاه رجل رجلا مالا ليصرفه فى محاويج

أو في مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه؟ هو قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه.

و قد استدل المجوزون بكون العنوان شاملاً للأخذ أيضاً فيجوز له الأخذ و أما روايه ابن الحجاج فقد تعارضت بالروايات الأخرى الداله على الجواز المذكوره فى المتن بعضها من ابن الحجاج و بعضها من غيره و فيها صحاح و حسان فتكونان متعارضتين و متكافئتين لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى.

و توهم عدم التكافؤ من جهة أن المجوزه هى ثلاثه روايات فتكون مشهوره فتتقدم على المانعه التى هى روايه واحده فهو توهم فاسد، فان المراد من الشهرة الموجهه لترجيح احد المتعارضين على الأخر ليس هو كون أحدهما كثيره و لآخر قليله بل المراد من ذلك أى من الشهرة كون أحدهما مجمعا عليه بين الأصحاب بحيث ينقلها رواه الحديث بخلاف الأخر بأن لم ينقلها إلا نادراً، و من الواضح أن الطائفتين فى المقام متساويه فى هذا الجبهه فى الاشتهار و عدمه فيتكافئان و على هذا فذكر المصنف أن كون الطائفتين واردتين على وجه التعبد بعيد جدا بأن يكون المراد من المانعه هو عدم جواز أخذ المدفوع من المال الذى دفع اليه حتى مع ظهور اللفظ فى الجواز و يكون المراد من المجوزه هو جواز ذلك حتى مع ظهور كلام الدافع فى عدم جواز الأخذ فلا يمكن حملها على التعبد المحض و عليه فلا بد من حمل المانعه على صورته عدم الظهور لكلام الدافع فى الأخذ من المال بما يخصه و حمل المجوزه على صورته كون كلامه ظاهراً فى جواز الأخذ منه و مع عدم الظهور لشيء منها فيرجع الى مقتضى الأصل و هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذن مالكه فهذا حاصل كلام المصنف فى المقام.

و الحاصل: أنه حمل روايات المنع على صورته عدم الظهور لكلام المعطى فى أخذ المعطى له من المال و روايات الجواز على فرض الظهور لذلك فيه و لكنه بعيدا جدا فإنه لا داعى للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى فى الجواز فان ما أعطاه انما هو ماله فجاز التصرف فيه بإذنه فإذا أذن لغيره فى ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصرف فيه فإنه حرام و بعد ظهور الكلام فى أحد الأمرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزه و المانعه

و قد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعه على الكراهه بقريته ما دل على الجواز كما هو مقتضى الجمع بين النهى و الترخيص فان قوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن الحجاج (١): (لا- يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) ظاهر فى عدم الجواز و قوله (عليه السلام) نعم، فى روايه (٢) سعيد بن يسار و قوله (عليه السلام) لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره صريح فى الجواز فمقتضى الجمع العرفى نحمل المانعه على الكراهه.

و فيه أن ظاهر قوله (عليه السلام) لا- يأخذ شيئا منه الا- بإذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه و عليه فلا يمكن حملها على الكراهه كما منعه بعض مشايخنا المحققين.

و قد يجمع بينهما بحمل المانعه على فرض تعيين المالك و مواضع مسماه

ص: ٤٩٠

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ٣.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ١.

لصرف المال فإنه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه و حمل المجوّزه على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصة فإنه يجوز له الأخذ لنفسه و استشهد عليه بصحيحه (١) ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن يحل الصدقه قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه فى مواضع مسماه إلاّ باذنه.

و فيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر روايه المانعه أعنى صحيحه الأولى لابن الحجاج فإنها آبيه عن ذلك سؤالاً و جواباً فان قوله (عليه السلام) فى جواب السائل عن رجل أعطاه مالا ليصرفه فى محاويع أو مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه مطلق، و كك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

و الصحيح أن يقال فى وجه الجمع هو حمل الروايات المانعه على فرض كون المال المعطى من ممتلكات شخص المعطى كما إذا ورد فى بلد فأراد أن يقسم مالا فى صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو أغنياء فأعطاه شخص أن يقسم بينهم فإنه لا يجوز للأخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبدول لهم فإنه مال لشخص الباذل فلا يجوز التصرف فيه إلاّ باذنه.

و ربما يورد على ما ذكرناه من الجمع بين الروايات بحمل المانعه على الأموال الشخصية و حمل المجوّزه على الأموال النوعيه بأن مقتضى صحيحه ابن الحجاج (٢) فى رجل أعطاه مالا ليقسمه فى المساكين و له عيال محتاجون

ص: ٤٩١

١-١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣ من باب ٤.

٢-٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ حديث ٢.

أ يعطهم منه من غير أن يستأذن (يستأمر خ ل) صاحبه، قال: نعم، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الأموال النوعية و بهذا الاسناد ما يدل على عدم الجواز إلا بالإذن عن صاحبه فيقع بينهما المعارضه فتسقطان لذلك فيرجع الى العمومات الداله على عدم الجواز فإنه يقال أن مقتضى روايه (١) أخرى لابن الحجاج المذكور فى باب الزكاه هو الجواز فى الصدقه فإنه قال سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يعطى الدراهم ليقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه، قال لا- بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره، إلخ، فبهذا نقيده الصحيحه الثانيه الداله على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحه الثانيه أخص من الصحيحه الأولى، كان بمقتضى انقلاب النسبه فنخصص بها الصحيحه الأولى فتكون النتيجة أن فى الأموال الشخصيه لا- يجوز إلا بإذن المالك و فى الأموال النوعيه يجوز و حمل الروايات المجوزه على الأموال النوعيه كالوجوه الشرعيه المنطبقه على الآخذ و غيره كالزكاه و الخمس و الصدقات و ردّ المظالم كما إذا أعطاها أحد لعالم أن يصرفه فى محله فإنه جاز له الآخذ منه بمقدار حاجته و ان لم يكن لكلام المعطى ظهور فى أخذه لنفسه إذا قال المعطى أعطه لصنف فلان ظهوره فى الإعطاء للغير و نفس الآخذ منصرف عن ذلك، و على هذا فيجوز للأخذ أن يأخذ لنفسه بمقدار احتياجه خصوصا إذا كان ممن يجوز تصرفه فيه كالعلماء و المجتهدين فإن ولايه الوجوه الشرعيه لهم فى حال الغيبه.

و يدل على ذلك أن المذكور فى روايات الجواز هو الزكاه و الصدقات

ص: ٤٩٢

١- ١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣.

و أما المذكور فى روايه المنع هو المال الشخصى بقرينه قوله (عليه السلام) (لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) حيث فرض صاحبا للمال المبذول و اعتبر اذنه فى دفع المال المبذول لغير من عينهم فتكون كلتا الطائفتين من الروايات وارده على طبق القاعده فإن مقتضى القاعده فى الأموال الشخصيه عدم جواز التصرف إلا بإذن صاحبه و مقتضى القاعده فى الأموال النوعيه هو جواز بذله لمن انطبق عليه سواء اذن المعطى لذلك أم لا، و على هذا فيبقى فى المقام شىء و هو أنه على هذا فلا وجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه فى ذلك هو احتمال أن يجوز للمتصدى بذلك أن يأخذ منه مع الاحتياج حيث ان صاحب المال قال اصرفه فى محاويع و مساكين فاحتمل الآخذ جواز أخذه منه لأنه أيضا محتاج فأجاب الإمام (عليه السلام) أنه لا يجوز إلا بإذن صاحبه.

و فيما كان المال نوعيا كالزكاه و غيرها احتمال السائل عدم جواز أخذه حيث يحتمل أن يكون اذن المعطى دخيلا فى جواز التصرف فيه أيضا كأموال شخصه فأجاب الإمام (عليه السلام) بأنه لا بأس بذلك مع الاحتياج، فيجوز المتصدى أن يأخذ منه لنفسه بمقدارها ببذله لغيره فافهم.

الكلام فى احتكار الطعام

اشاره

قوله: مسأله: احتكار الطعام و هو كما فى الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته.

أقول: يقع الكلام فى جهات:

الاولى: فى حكم الاحتكار

الظاهر أنه لا خلاف فى مرجوحيته فى الجمله أعم من الحرمة و الكراهه، و لكن اختلفت كلماتهم فى ذلك فذهب المشهور إلى الحرمة مع عدم وجود البازل و ذهب جمع آخر إلى الكراهه مطلقا لكون الناس مسلطين على أموالهم، فلا وجه

لحرمة إلاّ إذا عرض عليه عنوان آخر يقتضى حرمة كما إذا حكم الحاكم فى المخصه بالبيع فإنه يحرم الاحتكار ح لحكم الحاكم، و الأ فلا وجه لحرمة لنفس الاحتكار.

و الظاهر ان الاحتكار حرام مع عدم وجود باذل فى البلد و أما مع وجوده فيجوز الاحتكار لكون الناس مسلطين على أموالهم و هذا القول قد اختاره المصنف.

و قد استدل المصنف على ذلك بروايات منها صحيحه (١) سالم الحناط فإنها ظاهره فى الحرمة مع عدم وجود البازل حيث استفصل الامام (عليه السلام) فى ذلك و قال الحناط ما أبيع أنا من ألف جزء جزء يعنى أن الحنطه الموجوده عندى كجزء واحد من ألف جزء من الحنطه الموجوده فى البلد احتكاره، فإنه لا- يوجب ظهور الغلاء فى البلد نظير أن نشترى وزنه من الأرز فتحتكره فإنه لا يوجب ظهور الغلاء أصلا و قال الامام (عليه السلام) فلا بأس ثم قال أن المحتكر هو حكيم بن حذام حيث كان يحتكر الطعام المجلوب إلى المدينه فمر به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال يا حكيم إياك أن تحتكر، فان كلمه أيا تحذير فتفيد الحرمة.

و منها (٢) صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الحكره، فقال إنما الحكره أن يشتري طعاما و ليس فى المصر طعام غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعاما غيره فلا بأس أن يلتمس سلعتك الفضل فان مفهوم ذيل الروايه هو حرمة الاحتكار مع عدم وجود طعام فى البلد،

ص: ٤٩٤

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٤ باب ٢٨ حديث ٣.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١١.

غيره بحيث يظهر في البلد لأجل احتكاره غلاء واضح.

و منها (١) ما عن أمير المؤمنين عليه السلام في ما كتبه الى مالك الأشرع على ما في نهج البلاغه و كان فيما كتبه فامنع من الاحتكار فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) منع منه الى أن قال فمن قارف حكره بعد نهيك إِيَّاه فنكل و عاقب في غير إسراف فإنه لو كان الاحتكار مكروها لما جاز أن يأمر الإمام (عليه السلام) الأشرع بان يعاقب المحتكر.

و منها صحيحه (٢) أخرى للحلي حيث سأل عن صلاحية الاحتكار، فأجاب الإمام عليه السلام بأنه يكره و الكراهه في كلمات الامام عليه السلام أعم من الحرمة و الكراهه المصطلحه و ليس لها ظهور في الثانى، و قد ورد في روايات الربا أن عليا عليه السلام كان يكره الربا فلا تكون هذه الروايه موجبه لصرف الروايات الأخرى الظاهر في الحرمة.

و منها ما في مجالس المفيد عن أبي مريم الأنصارى (٣) عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع، و في هذه الروايه مناقشه من حيث السند و الدلاله، أما المناقشه في الدلاله فلأنه لو كان احتياج الى الطعام كان احتكاره حراما حتى في ثلاثه أيام و ان لم يكن احتياج اليه لم يكن حراما حتى في ستين يوما، فلا موضوعه للأربعين.

ص: ٤٩٥

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٥ حديث ١٣.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٣ حديث ٢.

٣-٣) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٦.

و الظاهر أن الروايه راجعه إلى بيان جهه اخلاقيه تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتكر انما حبس الطعام بنيه السوء فهى الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح وقد حكم الامام(عليه السلام)تعبدا أن من كان على هذه النيه و لم يرجع الى أربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفاره لما فعل فتكون الروايه خارجه عن المقام أصلا و ناظره إلى قباحه نيه السوء و أما من حيث السند فقال المصنف فى كتاب الصلاه و فى هنا ان اشتمال سند الروايه بينى فضال لا يوجب الوهن فيها،فان الظاهر إنما أخذت من كتبهم،وقد قال العسكرى عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ثم ازداد فى المقام على ما فى الصلاه ان كلام العسكرى عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما فى كتب بنى فضال فيستغن بذلك من ملاحظه من قبلهم فى السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظه ما قبلهم فى السند من كلام الكشى من ادعاء الإجماع على تصحيح ما يصح عن جماعه.

و فيه أما الكلام فى اعتبار الإجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعه فهو مخدوش فى نفسه فإنه نرى أنهم ينقلون فى رواياتهم المسنده عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلا- يكون مراسليهم بأجمعها حجه لكون كل مرسله داخله فى أطراف الشبهه.

على أن هذا الإجماع ليس حجه فى نفسه لعدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغايه الأمر فمفاده أن جماعه من الرواه قد ثبت نقلهم عن الثقات فلا- يلاحظ ما قبلهم من السند فى مراسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف فى السند و أما ما ذكره فى حق كتب بنى فضال فكلام الامام(عليه السلام)ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لا يوجب الوهن

فى روايتهم و أن فساد عقيدتهم لا تضرّ باعتبار روايتهم بل ما نقلوا من الروايات فهو باقى على الحاله الأولى فلا يناقش فيها من جهه فساد عقيدتهم و أما أن جميع كتبهم معتبره و لو كان بعضها مشتملا على ضعف السند من غير ناحيه بنى فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا يظهر من الروايه، فإن هذا الاحتمال لم يكن فى حقهم قبل فساد عقيدتهم، بل كان قبل ذلك يلاحظ أسانيد ما نقوله من الأحاديث ان كان صحيحا أخذ به و الآ فلا، فهلا أتى فساد عقيدتهم مقاما لهم بحيث صار جميع ما فى كتبهم معتبرا حتى لا- ينظر الى ما قبلهم من السند الذى كان ينظر اليه قبل فساد عقيدتهم فما افاده المصنف هنا لا يمكن المساعده عليه و كيف كان فلا شبهه فى حرمه الاحتكار فكان الشارع أراد كون الأرزاق بين الناس و ليس لأحد حق منعها عنهم و دليل سلطنتهم قاصره عن ذلك بحكم الشارع كما ذكرنا فى بحث الأراضى أنه ليس لأحد منع الأراضى زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع يريد ان تكون الأراضى معموره لا خربه فكذلك الحال هنا.

ثم انه بعد الفراغ عن حرمه الاحتكار يقع الكلام فى جهات الاولى: فى موارد الحكره فى أنها فى أى شىء تتحقق و الذى يستفاد من المطلقات المتقدمه أن موضوع الاحتكار هو الطعام فكل ما يصدق عليه الطعام عرفا بحيث كان فى عرف البلد قوام الناس و حياتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتكار و هذا يختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام فى بعض البلدان، و من الحطب فى بعضها الآخر و مثل الشعير ليس بطعام فى بلاد الهند حتى قيل لا يوجد فيها شعير إلا بمقدار الدواء و نحوه، و لكنه طعام فى بلاد العراق و الايران و الأزر طعام فى نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هكذا الزبيب و التمر و ليس بطعام

فى بعضها الأخر، بل مثل الزبيب فى العراق و التمر فى بعض نقاط الايران يعد من الفواكه و على الإجمال أن هذا شىء ىختلف بحسب اختلاف الأمكنه و الأزمنه و العادات فكلما يصدق عليه الطعام فاحتكاره مع عدم وجود فى السوق حرام و الآ فلا وجه للحرمة كما إذا احتكر احد الزبيب فى النجف أو التمر فى بعض نقاط الايران فلا يقال انه فعل حراما، نعم قد يكون حراما لأجل طرؤ عنوان آخر عليه كما إذا احتاج أحد الى ما احتكره آخر للدواء و نحوه بحيث إذا لم يبعه منه لمات فإنه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الإعطاء هنا و لكن لا لحرمة الاحتكار بنفسه، بل لأجل طرؤ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصره للاحتكار بأمر خاصه فهى مختلفه و فى بعضها حصره فى أربع الحنطه و الشعير و الزبيب و التمر، و عن الفقيه زياده الزيت و فى روايه قرب الاسناد بإضافه السمن أيضا، و فى روايه السكونى بإضافه السمن و الزيت و لكن كلها متفقه فى نفي الاحتكار بمفهومها فى غير الأمور المذكوره فيها و لكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفه السند فلا يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها و الا لزم رفع اليد عن الحججه بغير الحججه الشرعيه.

فالمناطق فى حرمة الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر و حبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن و الملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الإنسان و تقوم به حياه البشر، و من الواضح أن هذا ليس مجرد الحنطه و الشعير و الأرز فإنها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن و الزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار و نحوها، و على هذا فلا يبعد أن يكون منع النفث عن

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمه النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فى بعض الروايات (١) و كذلك السمن و ان كانت الروايه ضعيفه فإن من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى، و يدل على ذلك أيضا قوله (عليه السلام) فى صحيحه (٢) الحلبى فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس و ليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطه و الشعير فقط، بل بمنع كلما يكون دخيلا فى تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فإن العله و المنع واقعا فى حرمه الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى.

و بالجمله فكل ما يكون دخيلا فى قوام طعام البشر بحسب عاده نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق النوع فى الحرج و المشقه و الضرر و العسره فيكون احتكاره حراما و قد قلنا ليس لأحد السلطنه على حبس طعام الناس و احتكاره و ان كان مالا لنفسه كما قلنا ليس لأحد حبس الأراضى و منعها عن العماره كما تقدم فى محله.

الجهه الثانيه: أنه ذكر فى روايه السكونى إن الحكره فى الرخصه

أربعين يوما و فى الغلاء و الشده ثلاثه أيام

و الظاهر أنه لا- يمكن تصديقه فإنه ان كان للناس احتياج الى ذلك بحيث كان فيهم غلاء و مخمسه فلا يجوز الحبس ساعه واحده و إلا فيجوز الحبس سته أشهر، بل سنه بل أكثر على ان الروايه ضعيفه، و نعم ما صنع الشهيد حيث حمل الروايه على فرض أن يكون الشده و الاحتياج الى ما حبسه المحتكر فى الغلاء بثلاثه أيام و فى الرخصه

ص: ٤٩٩

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٧.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١.

بأربعين يوماً و إن كان الحمل بعيداً و لكنه أولى من الطرح.

الجهة الثالثة: هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق

بكل ما يقع في يده

و لو كانت الغله حاصله من الزرع أو الإبرث أو الهبه، الظاهر هو الثاني فإن المناط في حرمه الاحتكار هو جمع الغله، و ترك الناس بغير طعام و لا يفرق في ذلك بين الشراء و غيره.

ثم الظاهر أن الاحتكار اما حرام أو مباح بناء على حرمة مع عدم الباذل و أما بناء على كراهته فاما مكروه أو مباح في نفسه فلا يتصف بالأحكام الخمسه كما ذكره المصنف نعم يمكن ان يتصف بالأحكام الخمسه بلحاظ العناوين الثانويه.

الجهة الرابعة: أن الاحتكار حرام إذا كان يترك الناس بغير طعام

مع احتياجهم اليه

و أما لو كان غرضه جمع الطعام و بيعه في وقت نزول العسكر أو الزوار لثلا يقعوا في مضيقه فلا يكون الاحتكار حراماً و باعتبار هذه العناوين الطارويه يكون الاحتكار متصفاً بالأحكام الخمسه و لكن الاحتكار في نفسه، اما حرام أو مباح، كما لا يخفى.

الخامس: الظاهر أنه لا إشكال في جواز إجبار المحتكر على البيع

حتى بناء على كراهه الاحتكار و لكن ليس للحاكم إلا الإجبار على البيع فقط، و اما التسعير فليس له ذلك، بل للمالك أن يعين ذلك لادن الناس مسلطون على أموالهم و قد ورد في بعض الأحاديث (١) أنه سئل النبي (صلى الله عليه و آله) عن الشعير فقال (صلى الله عليه و آله) انه في يد الله، نعم لو أجحف في قيمه بحيث كان ازديادتها نحواً من الاحتكار يمنع الحاكم عن ذلك بحيث يبيع المالك بقيمه

ص: ٥٠٠

السوق، أو أكثر منه، بمقدار لا يمنع الناس عن الشراء، بأن تكون قيمه كل حقه من الحنطه مائه فلس و يبيع المحتكر بدينارين فإنه أيضا احتكار، كما لا يخفى.

الحمد لله أولا و آخر و ظاهرا و باطنا، وقد وقع الفراغ عن كتاب البيع فى يوم الأحد ٢٤ شهر جمادى الأولى سنة ١٣٧٥ هـ، و يتلوه ان شاء الله تعالى المجلد السادس بتوفيق الملك العلام، و الحمد لله وحده و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و سلم تسليما.

ص: ٥٠١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

