



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

كِتَابُ
الْمَكِّيَاتِ

السَّيِّحِ الْأَعْظَمِ سُرِّيهِ الْأَنْصَارِيِّ

١٢٣٤-١٢٤٤ هـ

تَحْقِيقُ
السَّيِّحِ الْأَعْظَمِ سُرِّيهِ الْأَنْصَارِيِّ

« ١١ »

مَدْرَسَةُ
الْحَقِيقَةِ
بِمَكَّةَ الْمُحَرَّمَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري

نشرت في الطباعة:

نور النور

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
12	المكاسب المجلد 11
12	هوية الكتاب
12	اشارة
18	تممة كتاب البيع
18	تممة القول في شرائط العوضين
18	تممة مسألة من شروط العوضين كونه طلقا
18	اشارة
20	مسألة: و من أسباب خروج المملك عن كونه طلقا: كونه مرهونا
20	اشارة
20	إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ أو يقع موقوفا على الإجازة؟
46	ثم إن الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي
48	هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا
49	فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة
51	الفرق بين الإجازة و الفك
57	هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل
58	ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف
63	مسألة: إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله، أو استرقاق كله أو بعضه.
72	مسألة: إذا جنى العبد خطأ صح بيعه
77	مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم
77	اشارة
80	معنى الغرر لغة
86	الاستدلال الفريقين بالنبوي المذكور على شرطية القدرة

88 كلام الشهيد في القواعد في تفسير الغرر .

96 كلام الشهيد في شرح الإرشاد في تفسير الغرر .

96 إشارة .

98 المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد .

102 التمسك بالنبوي المذكور أخفى من المدعى .

103 ثم إنه ربما يستدلّ على هذا الشرط بوجه آخر: .

103 إشارة .

103 منها: ما اشتهر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنْ قَوْلِهِ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» .

110 منها: أَنْ لَازِمَ الْعَقْدِ وَجُوبَ تَسْلِيمِ كُلِّ مِنَ الْمُتَبَاعِينَ الْعُوضِينَ إِلَى صَاحِبِهِ،

115 منها: أَنْ الْغُرْضَ مِنَ الْبَيْعِ انْتِفَاعَ كُلِّ مِنْهَا بِمَا يَصِيرُ إِلَيْهِ

116 منها: أَنْ يَذَلَ الثَّمَنَ عَلَى غَيْرِ الْمَقْدُورِ سَفَهَ .

117 هل القدرة شرط أو العجز مانع .

117 إشارة .

119 المناقشة فيما استظهره صاحب الجواهر .

127 العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق .

144 القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم

150 ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين .

150 هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل

161 مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفردا .

177 مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة .

189 مسألة من شروط العوضين: العلم بقدر الثمن .

201 مسألة من شروط العوضين: العلم بقدر المثمن .

201 إشارة .

201 في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتمدة .

201	اشارة
201	منها: صحيحة الحلبي
201	اشارة
203	الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه
207	رواية سماعة
208	رواية أبان
208	رواية أبي العطار
209	مرسلة ابن بكير
211	هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا
217	وجوب معرفة العدد في المعدود و الدليل عليه
219	مسألة التقدير بغير ما يتعارف التقدير به
219	اشارة
220	هل يجوز بيع المكيل وزنا و بالعكس
220	اشارة
222	الكلام في مقامين
222	اشارة
223	أما الأول، التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إلى ما تعارف فيه
227	التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلا
234	بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا، أو موزونا.
269	مسألة: لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور.
269	اشارة
271	هل يعتبر كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار
274	ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالتقيصة
274	اشارة
278	عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف

- 278 كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار البيع فهو بحكم إخبار البائع
- 279 مسألة هل يجوز بيع الثوب والأراضي مع المشاهدة
- 283 مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- 283 اشارة
- 283 الأول أن يريد بذلك البعض كسراً واقعياً من الجملة مقدراً بذلك العنوان
- 285 الثاني: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع
- 285 اشارة
- 298 فرع: على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما ارادا غير شائع لم يصح البيع
- 301 الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة
- 301 اشارة
- 301 الفرق بين هذا الوجه، و الوجه الثاني
- 313 مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة:
- 313 اشارة
- 316 ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً اموراً:
- 316 اشارة
- 316 منها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع
- 320 منها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصرت حقّ المشتري فيه
- 321 منها: أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر
- 322 صور إقباض الكلي
- 324 لو باع ثمرة شجرات واستثنى منها أرطالا معلومة
- 342 أقسام بيع الصبرة
- 357 مسألة إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها،
- 357 اشارة
- 362 فرعان
- 362 اشارة

362 الفرع الأول لو اختلفا في التغيير فادّعاه المشتري -
393 الفرع الثاني لو اتّفقا على التغيير بعد المشاهدة، ووقع العقد على الوصف المشاهد، و اختلفا في تقدّم التغيير على البيع ليثبت الخيار، وتأخّره عنه .
403 الفهارس
403 اشارة
405 1 - (فهرس البحوث)
417 2 - (فهرس التعاليق)
445 3 - (فهرس الآي الكريمة)
445 أ -
445 ت -
445 م -
446 4 - (فهرس الأحاديث الشريفه)
446 أ -
446 ب -
446 ح -
446 ص -
446 ع -
446 ف -
447 ل -
448 م -
449 5 - (فهرس الاعلام)
449 أ -
450 ب -
450 ح -
450 خ -
450 ر -

451 -ز-

451 -س-

451 -ش-

451 -ص-

451 -ع-

452 -ف-

452 -ق-

452 -ك-

452 -م-

453 -ن-

453 -و-

454 6 - (فهرس الامكنة و البقاع) ..

454 -ج-

454 -ع-

454 -م-

455 7 - (فهرس الشعر) ..

455 -م-

456 8 - فهرس الكتب) ..

456 -ا-

456 -ب-

456 -ت-

456 -ج-

457 -ح-

457 -خ-

457 -ر-

457 -س-

457 -ش-

458 -ص-

458 -غ-

458 -ق-

458 -ك-

458 -ل-

458 -م-

459 -ن-

459 -و-

460 لفت نظر

466 تعريف مركز

المكاسب المجلد 11

هوية الكتاب

كِتَابُ الْمَكَايِبِ

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره

1214هـ - 1281م

تحقيق و تعليق : السيد محمد كلانتر

المجلدات 17 ج

منشورات مؤسسة النور للمطبوعات - بيروت - لبنان

ص: 1

إشارة

المكاسب

نويسنده: انصاری، مرتضى بن محمدامين

محقق: كالانتر، محمد

تعداد جلد: 17

زبان: عربى

ناشر: منشورات دارالنجف الدينية - مطبعة الآداب

سال نشر: 1281-1214 هجرى قمرى

ص: 2

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ص: 5

تتمة كتاب البيع

تتمة القول في شرائط العوضين

تتمة مسألة من شروط العوضين كونه طلقا

اشارة

ص: 7

مسألة: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا: كونه مرهونا

إشارة

(مسألة):

و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا: كونه (1) مرهونا، فإن الظاهر، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك (2) في بيع ملكه المرهون.

و حكي عن الخلاف (1) إجماع الفرقة، و أخبارهم (3) على ذلك، و قد حكي الاجماع عن غيره أيضا.

و عن المختلف (2) في باب تزويج الأمة المرهونة أنه أرسل عن النبي صلي الله عليه و آله و سلم:

إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن (4).

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

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟

أو يقع (5) موقوفا على الإجازة؟

+++++ (1) أي كون الملك مرهونا، فإنه بالرهن يخرج عن كونه ملكا طلقا فلا يجوز بيعه، و لا- التصرف فيه من دون اجازة المرتهن. (2) أي مالك الملك المرهون ليس له استقلال في التصرف في الملك ببيعه، أو وقفه، أو هبته إلا بإجازة من المرتهن.

كما أن المرتهن لا يسوغ له التصرف في الملك المرهون عنده إلا بإجازة من الراهن.

(3) و هي الآتية في الهامش 1 ص 11

(4) راجع (مستدرک وسائل الشيعة) المجلد 2 ص 496 الباب 17. الحديث 6.

(5) أي يقع بيع الراهن صحيحا، لكنه موقوف على اجازة المرتهن

ص: 9

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب.

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب.

أو سقوط حقه (1) بإسقاطه، أو بالفك (2)؟

فظاهر عبائر جماعة من القدماء، وغيرهم الاول (1)، إلا أن صريح الشيخ في النهاية (3)، وابن حمزة في الوسيلة (2)، وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم (3) هو كونه (4) موقوفا (4).

و هو (5) الأقوى، للعمومات (6) السليمة عن المخصص، لأن معقد

+++++

فإن اجازته صح، وإلا بطل.

(1) أي يقع بيع الراهن صحيحا، لكنه موقوف على إسقاط المرتهن حقه، فإن أسقط صح، وإلا بطل.

(2) أي يقع بيع الراهن صحيحا، لكنه موقوف على فكه الرهن فإن فكه صح، وإلا فلا.

و الفك تارة من قبل الراهن، وأخرى من قبل متبرع.

فهذه أقوال أربعة (5) في بيع الراهن الرهن من دون استجازة من المرتهن

(الأول): البطلان رأسا.

(الثاني): الصحة، لكنها موقوفة على اجازة المرتهن.

(الثالث): الصحة أيضا، لكنها موقوفة على إسقاط المرتهن حقه.

(الرابع): الصحة أيضا، لكنها موقوفة على فك الرهن.

(3) و هو بطلان بيع الراهن رأسا إذا لم يستجز من المرتهن.

(4) أي بيع الراهن الرهن لا يكون باطلا من أصله، بل يقع صحيحا، لكنه موقوف على اجازة المرتهن.

(5) هذا رأي (الشيخ قدس سره) في بيع الراهن الرهن قبل الاستجازة من المرتهن.

(6) المراد من العمومات السليمة عن المعارض هو قوله تعالى: -

ص: 10

1-1 - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2-2 - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3-3 - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

4- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

5- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

الاجماع و الأخبار (1) الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال (2)، كما (3).

+++++

- وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ .

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(1) المراد من الأخبار هو الخبر المشار إليه في الهامش 4 ص 9 و الأخبار المذكورة في (وسائل الشيعة).

أليك نص الحديث (1) الثاني عن المصدر المذكور.

عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا ابراهيم (عليه السلام) عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس؟

قال: لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه.

فقلت: لا يدري لمن هو من الناس.

فقال: فيه فضل أو نقصان؟

قلت: فإن كان فيه فضل أو نقصان؟ قال: إن كان فيه نقصان فهو أهون يبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله.

وإن كان فيه فضل فهو أشدهما عليه يبيعه و يمسك فضله حتى يجيء صاحبه.

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 13 ص 124 الباب 4. الحديث 2 (2) أي من دون مراجعة الراهن إلى المرتهن، و أخذ الاجازة منه.

(3) أي كما يشهد بأن المراد من معقد الاجماع المذكور، و الأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف في بيع الرهن هو استقلال الراهن في

التصرف من دون مراجعة المرتهن: عطف المرتهن على الراهن

ص: 11

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

يشهد به عطف المرتهن على الراهن.

مع ما ثبت في محله: من وقوع تصرف المرتهن موقوفا، لا باطلا.

وعلى تسليم الظهور (1) في بطلان التصرف رأسا فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه.

هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة، معللا بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده (2)، اذ المستفاد منه (3) أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع (4).

+++++

في الحديث المشار إليه في الهامش 4 ص 9

فكما أن المرتهن ممنوع عن التصرف في الرهن بالاستقلال، وبدون مراجعة الراهن.

كذلك يراد من المنع من تصرف الراهن في الرهن التصرف الاستقلالي لمكان العطف، فاتحد الملاك في المعطوف والمعطوف عليه.

(1) أي وعلى تسليم ظهور الأخبار المذكورة في الهامش 4 ص 9.

على بطلان بيع الراهن رأسا ومن أصله، ولا يتوقف على اجازة المرتهن.

تقول: إن تلك الأخبار موهونة، لذهاب جمهور الفقهاء من المتأخرين على خلاف ذلك الظهور.

(2) راجع (وسائل الشريعة) الجزء 14 ص 523 الباب 24 الحديث 2.

(3) أي من الحديث الوارد في صحة نكاح العبد بالاجازة المشار إليه في الهامش 2

(4) أي يرتفع المنع عن نكاح العبد بدون اجازة سيده بعد اجازته، لأنه لم يعص الله عز وجل حتى يكون نكاحه فاسدا من أصله. -

ص: 12

و يحصل التأثير (1) بارتفاع المنع، و حصول الرضا.

و ليست تلك (2) كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي (3) لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

هذا (4) كله مضافا إلى فحوى (5) أدلة صحة الفضولي.

+++++

- بل عصى سيده، و عصيان المخلوق لا يكون موجبا لبطلان النكاح.

(1) أي تأثير نكاح العبد الواقع بدون اجازة مولاه بعد صدور الاجازة منه، لأنه كما عرفت فرق بين عصيان الخالق، و عصيان المخلوق، اذ الاول موجب للبطلان من أصله، و الثاني متوقف على اجازة مولاه، فإن أجاز صح

(2) أي ليست معصية العبد مولاه كمعصيته لخالقه.

و قد عرفت شرح هذه العبارة في الهامش 4 ص 12

(3) كلمة التي صفة لكلمة معصية الله.

(4) أي ما ذكرناه لك من الأدلة حول جواز تصرف الراهن في الرهن قبل الاستجازة من المرتهن إن لم تكفك فلنا دليل آخر على الجواز

(5) هذا هو الدليل الآخر.

و خلاصته أن فحوى أدلة صحة عقد الفضولي تشمل ما نحن فيه الذي هو بيع الراهن الرهن من دون استجازة من المرتهن، لأن الاجازة الصادرة من المالك الأصلي إذا كانت مصححة للعقد الفضولي، مع أنه ليس بمالك أصلا.

فبطريق أولى تكون مصححة لبيع الراهن، لأنه مالك للملك المرهون، لكنه ممنوع من التصرف فيه، لثبوت حق المرتهن في الرهن فإذا أجاز البيع فقد ارتفع المنع.

ص: 13

لكن الظاهر من التذكرة(1) أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا (1).

وفيه (2) نظر، لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

لا بيع إلا في ملك لا يلزمه البطلان هنا (3).

بل الأظهر ما سيجيء عن إيضاح المنافع: من أن الظاهر وقوف

+++++

- ففحوى تلك الأدلة التي هي الأولوية تشمل ما نحن فيه.

راجع حول أدلة صحة عقد الفضولي بعد الاجازة (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 من ص 164 إلى ص 200.

(1) أي في باب بيع الراهن الرهن، للملازمة بين بطلان بيع الفضولي، وبين بيع الراهن الرهن.

فكل من قال بالبطلان هناك أفاده هنا.

(2) أي وفيما أفاده (العلامة قدس سره) من الملازمة المذكورة نظر وإشكال.

و خلاصة وجه النظر أن دليل من قال ببطلان بيع الفضولي هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا بيع إلا في ملك الدال على عدم ملك للفضولي أصلاً، وأنه باع ما لا يملكه.

بخلاف الراهن، فإنه مالك للرهن، لكنه ممنوع عن التصرف فيه، لثبوت حق للمرتهن فيه، فإذا أجاز البيع فقد ارتفع المنع، فلا ملازمة بين البطلان في العقد الفضولي، والبطلان في بيع الراهن، فالبيع متوقف على اجازة المرتهن.

(3) أي في بيع الراهن الرهن كما عرفت

ص: 14

هذا العقد (1) وإن قلنا ببطلان الفضولي

وقد ظهر من ذلك (1) (2) ضعف ما قوّاه بعض من عاصرناه (3):

من القول بالبطلان، متمسكا بظاهر الاجماع (4)، و الأخبار (5) المحكية على المنع، و النهي (6) قال:

+++++

(1) و هو عقد الرهن على الرهن، فإنه متوقف على اجازة المرتهن فقط كما عرفت في الهامش 2 ص 14

(2) أي من قولنا في ص 14: لا يلزمه البطلان هنا.

و من قولنا في ص 14: من أن الظاهر وقوف هذا العقد.

(3) و هو (المحقق التستري قدس سره) صاحب المقاييس فقد أفاد أن بيع الرهن باطل.

لكنك عرفت من قول الشيخ في ص 14: عدم بطلانه، لعدم الملازمة المذكورة التي أفادها (العلامة قدس سره).

(4) هذا هو الدليل الأول للمحقق التستري لإبطال عقد الرهن.

و المراد من الاجماع ما نقله الشيخ عن العلامة وغيره بقوله في ص 9: و حكي عن الخلاف الاجماع، و قد حكي الاجماع عن غيره.

(5) هذا هو الدليل الثاني للمحقق التستري لبطلان عقد الرهن.

أي و تمسك بظاهر الأخبار الدالة على منع تصرف الرهن في الرهن بالاستقلال و الأصالة.

وقد ذكرت تلك الأخبار في الهامش 4 ص 9، و الهامش 1 ص 11

(6) هذا هو الدليل الثالث للمحقق التستري لبطلان بيع الرهن.

و الظاهر أن المراد من النهي هو النهي عن التصرف في مال الغير بدون اذن و رضاه، لا النهي للوارد في قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

إن الرهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن المشار إليه

ص: 15

و هو (1) موجب للبطلان وإن كان لحق الغير، إذ (2).

+++++

في الهامش 4 ص 9

و لا يخفى عليك أن الدليل الثالث مشتمل على مقدمتين: صغرى، و كبرى.

الصغرى: النهي قد تعلق بأمر داخل راجع إلى أحد العوضين و هو الرهن.

الكبرى: و كل أمر كان كذلك يقتضي النهي فساد المعاملة فيه.

النتيجة: فعقد الراهن فاسد.

(1) هذا مقول قول صاحب المقابيس و هو نتيجة للصغرى و الكبرى المذكورتين في ص 16 عند قولنا: و لا يخفى عليك.

(2) هذا تعليل لبطلان بيع الراهن و إن كان النهي عنه قد تعلق بحق الغير الذي هو المرتهن و هو خارج عن البيع.

هذا التعليل في الواقع دفع وهم.

حاصل الوهم أن النهي في بيع الراهن قد تعلق بأمر خارج عن البيع كما عرفت، فكيف تحكمون ببطلان بيعه؟

فأجاب (المحقق التستري قدس سره) عن الوهم المذكور.

ما حاصله: إن الاعتبار و الملاك في فساد العقد تعلق النهي بشخصه و نفسه.

وفيما نحن فيه كذلك قد تعلق النهي بشخص العقد و إن كان سبب تعلقه به أمراً خارجاً عن العقد: و هو حق المرتهن، لا بأمر خارج عن

العقد حتى يقال: إن النهي قد تعلق بأمر خارج فكيف تحكمون ببطلان العقد؟

ص: 16

العبرة بتعلق النهي بالعقد، لا (1) لأمر خارج منه(1)، و هو (2) كاف في اقتضاء الفساد.

كما اقتضاه (3) في بيع الوقف، وأم الولد، وغيرهما، مع استوائهما (4) في كون سبب النهي حق الغير.

ثم أورد (5) على نفسه بقوله:

+++++

(1) أي وليس الاعتبار في فساد العقد تعلق النهي.

(2) أي ومثل هذا التعلق وإن كان سببه أمرا خارجا عن العقد كاف في فساد العقد و بطلانه.

(3) أي كما اقتضى النهي فساد العقد في بيع الواقف للوقف.

وفي بيع المولى أمته المستولدة في غير موارد المستثناة.

(4) أي مع استواء بيع الواقف الوقف، والمولى الأمة المستولدة مع بيع الراهن الرهن في كون سبب تعلق النهي بهما هو تعلق حق الغير، فإن عدم جواز بيع الوقف، والأمة المستولدة إنما هو لأجل تعلق حق الموقوف عليهم بالوقف، وتعلق حق الأمة بنفسها: وهو عتقها من إرث ولدها.

(5) هذا كلام الشيخ الأنصاري أي المحقق التستري أورد على نفسه و خلاصة ما أورده أنه حسب ما أفيد في المقام: من بطلان عقد الراهن، لتعلق النهي بنفس العقد و شخصه، وإن كان سبب النهي أمرا خارجا عن العقد: يلزم بطلان عقد الفضولي، والمرتهن أيضا، لنفس المالك الموجود في بطلان عقد الراهن، من دون فرق بين العقود الثلاثة.

فكيف تحكمون بصحة عقد المرتهن و الفضولي، و بطلان عقد الراهن؟

ص: 17

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

(فإن قلت): فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولي، وعقد المرتهن، (1) مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع كما دلت عليه (2) الرواية، فيلزم (3) بطلان عقد الجميع، أو صحته، فالفرق (4) تحكم.

(قلنا) (5): إن التصرف النهي عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم، ولا يحل له الاجازة المتعقبة.

وإن كان (6) عقدا، أو إيقاعا، فإن وقع بطريق الاستقلال

+++++

(1) هذا إشكال آخر من المحقق التستري.

خلاصته: أنه بالإضافة إلى ما قلناه: من لزوم بطلان عقد الفضولي والمرتهن أيضا، لاتحاد الملاك فيهما، وفي عقد الراهن: أن الفقهاء ساووا بين عقد الراهن والمرتهن في عدم وقوع العقد بهما مستدلين بالحديث النبوي المشار إليه في الهامش 4 ص 9 بقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

(2) أي على التساوي المذكور الرواية المشار إليها في الهامش 1 ص 18 (3) أي فبناء على التساوي المذكور بين العقدين المشار إليهما في الهامش 1 ص 18 يلزم إما الحكم ببطلان العقود الثلاثة: عقد الفضولي، عقد الراهن، عقد المرتهن، أو الحكم بصحة الجميع.

(4) أي الفرق بين عقد الراهن ببطلانه، وبين عقد المرتهن، والفضولي بصحتهما تحكم وتعسف.

(5) هذا جواب المحقق التستري عما أورده على نفسه المشار إليه في الهامش 5 ص 17

(6) أي التصرف المنهي عنه.

ص: 18

لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك (1) كما سبق في الفضولي (2)، وإلا (3) فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي.

فالعقد (4) الصادر عن الفضولي قد يكون محرما، وقد لا يكون كذلك.

وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن، وغصب حقه، أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان: كان منهيا عنه.

وإن كان (5) بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة

+++++

(1) أي فهذا التصرف المنهي عنه محرم أيضا لا تصححه الإجازة، لوقوع العقد لا على وجه النيابة عن المالك.

(2) أي في بيع الفضولي مال الغير لنفسه بانبا على أنه المالك.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 223.

عند قول الشيخ: المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه.

(3) أي وإن لم يقع التصرف بنحو الاستقلال، بل على وجه النيابة عن المالك فالعقد صحيح.

(4) الفاء تفريع على ما أفاده المحقق التستري: من أن التصرف إن كان على وجه الاستقلال فمحرّم، وإن لم يكن كذلك فليس بمحرّم أي ففي ضوء ما ذكرنا يكون للعقد الفضولي فردان:

فرد يكون محرما إذا كان التصرف في مال الغير على وجه الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك.

وفرد يكون محللا إذا كان التصرف في مال الغير على وجه النيابة عن المالك.

(5) أي التصرف المنهي عنه.

ص: 19

فلا (1) يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلق به نهى أصلا.

وأما المالك فلما حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه، لانحصار الملكية فيه، ولا معنى لقصد النيابة فهو (2) منهي عنه، لكونه (3) تصرفا مطلقا، و منافيا للحجر الثابت عليه، فتخصص العمومات (4) بما ذكر.

+++++

(1) أي مثل هذا التصرف لا يزيد عن التصرف الفضولي في مال الغير: بأن يبيعه للمالك، أو برجاء صدور الاجازة عن المالك.

فكما أن العقد هناك صحيح، كذلك بيع الرهن صحيح.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 161 عند قول الشيخ: فهنا مسائل ثلاث.

(الأولى): أن يبيع للمالك مع عدم سبق من المالك.

وهذا هو القدر المتيقن من عقد الفضولي، والمشهور الصحة.

(2) أي عقد المالك المحجور على ماله المرهون يكون منهيًا عنه.

(3) تعليل لكون عقد المالك المحجور منهيًا عنه.

و خلاصته أن النهي المتعلق بمثل هذا العقد إنما هو لأجل أن تصرف الرهن في المال المرهون إنما كان تصرفا مطلقا غير مقيد بقيد الاستجازة من المرتهن فيكون تصرفه منافيا للحجر الثابت على الرهن في ماله فيكون البيع باطلا.

نعم لو كان تصرفه فيه مقيدا بقيد الاجازة ثم اجاز المرتهن صح البيع، لعدم كونه منافيا للحجر الثابت عليه.

(4) وهي المذكورة في ص 11، فإن تلك العمومات تخصص بما ذكر: وهو النهي الوارد عن تصرف الرهن في الرهن بدون اجازة المرتهن، لأن تصرفه تصرف مطلق فيكون منافيا للحجر -

ص: 20

و مجرد (1) الملك لا يقضي بالصحة، إذ (2) الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه، و لذلك (3) لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا، للمنع (4) عن التصرف.

+++++

- الثابت عليه.

إذا لا يصح التمسك بالعمومات المتقدمة على صحة بيع الرهن.

(1) أي و مجرد ملك الرهن لا يوجب صحة بيعه.

(2) تعليل لكون مجرد ملك الرهن لا يوجب صحة بيع الرهن.

و خلاصته أن المالك يحتاج في بيعه إلى أمرين:

(الأول): كونه مالكا للمبيع.

(الثاني): كونه مالكا للتصرف في المبيع.

و من الواضح أن الرهن لا يملك التصرف في الرهن و إن كان مالكا له، لتعلق حق المرتهن بالرهن، فالأمر الثاني مفقود في الرهن

(3) أي و لأجل أن المراد من التملك هو تملك الأصل مع تملك التصرف فيه لم يصح البيع في كثير من المواضع مع وجود سبب الملك فيها، لنقصان سبب الملك، لأن المالك ممنوع من التصرف في الملك و إن كان مالكا له، و عدم جواز التصرف في الملك يكون موجبا لنقص سبب الملك كما في المفلس، و السفية، و مالك الأمة المستولدة، فإن هؤلاء ممنوعون من التصرف في أموالهم و إن كانوا يملكونها، للسبب المذكور.

(4) تعليل لنقصان سبب الملك.

وقد عرفته في الهامش 3 عند قولنا: و عدم جواز التصرف

ص: 21

ثم قال (1): وبالجملة فالذي يظهر من تتبع الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على اجازته.

وأما إذا انتهت إلى اذن المالك، أو اجازته، أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين (2)، بل تكون فاسدة، أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم.

وأما التعليل (3) المستفاد من الرواية المروية في النكاح: وهو قوله عليه السلام:

إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده (4) فهو (5) جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملك أمر نفسه.

+++++

(1) أي المحقق التستري صاحب المقاييس.

(2) وهما: الصحة و الفساد.

(3) هذا من متمات كلام صاحب المقاييس يروم به عدم صحة الاستدلال بالتعليل الوارد في الحديث الوارد في صحة نكاح العبد:

على صحة بيع الراهن الرهن.

(4) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 14 ص 523 الباب 23 - الحديث 1.

و للحديث صلة و هي قوله عليه السلام: فإذا اجاز فهو له جائز (5) خبر للمبتدئ المتقدم: وهو قوله: و أما التعليل أي التعليل الوارد في الحديث في أن العبد لم يعص الله في نكاحه، بل عصى سيده الدال على عدم بطلان نكاحه: يجري في كل شخص لم يكن مالكا لا امر نفسه كالعبد، حيث إنه كَلَّ عَلَى مَوْلَاهُ لا يملك شيئاً، فلو عقد بدون اجازة مولاه توقفت صحته على اجازته، لأنه لم يعص الله عز و جل. بل عصى مولاه، و عصيان المولى لا يوجب

ص: 22

و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه، و لا يقال: إنه عصى المرتهن، لعدم (1) كونه مالكا(1)، وإنما (2) منع الله من تقويت حقه بالتصرف.

و ما ذكرناه (3) جار في كل مالك متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس وغيره، فيحكم بفساد الجميع (4).

+++++

- بطلان العقد.

بخلاف المالك المحجور عليه، فإن التعليل المذكور لا يجري فيه، لأنه عاص لله عز و جل بتصرفه في الرهن تصرفا مستقلا وبالأصالة لا أنه عاص للمرتهن حتى يكون بيعه صحيحا.

(1) تعليل لكون الراهن البائع عاصيا لله عز و جل، لا للمرتهن أي الراهن البائع غير مالك للرهن كما علمت.

(2) تعليل لمنع الله عز و جل المالك الراهن عن بيعه للرهن

و خلاصته أن منع الباري عز و جل الراهن إنما كان لأجل عدم تقويت حق المرتهن و تضييعه، لأنه يبيعه الرهن بدون استجازة من المرتهن قد ضيع حق المرتهن، فحفاظا لحقه منع الله جل شأنه عن بيعه.

(3) و هو أن الراهن البائع عاص لله عز و جل لا للمرتهن فيكون بيعه فاسدا و باطلا، فعصيان الله جل شأنه علة تجري في حق كل من يملك شيئا، لكنه منع عن التصرف فيه، للحجر على ماله لعارض.

كما في المفلس، و السفية، و الواقف، و المولى المستولد أمته، فإن هؤلاء لو تصرفوا في أموالهم بالبيع، أو الهبة، أو الوقف عدّ تصرفهم باطلا، لكونهم عاصين لله عز و جل.

(4) أي معاملة السفية، و المفلس، و الراهن، و غيرهم.

ص: 23

وربما (1) تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض (1) من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة.

+++++

(1) هذا من متمامات كلام المحقق التستري في المقاييس.

و خلاصته أنه وإن فرقنا بين من حجر على ماله كالراهن و المفلس و السفية في بطلان عقودهم، و أن الاجازة الصادرة فيما بعد غير مفيد.

و بين الفضولي في صحة عقده بعد الاجازة من المالك الأصلي.

لكن ليس كل من حجر على ماله لا يصح معاوضته، فإن قسما من الحجر يكون لمصلحة حق الغير، فإن مثل هذا الحجر إذا رضي صاحب الحق صحت المعاوضة على المال المحجور عليه.

كما فيمن له حق الشفعة في حصة شريكه، فإن النهي عن بيع الشريك حصته للأجنبي إنما هو لأجل مصلحة الشريك الآخر في حصة شريكه فإذا اجاز هذا صحت معاوضة الشريك في بيع حصته، فالنهي فيه إنما تعلق بحق الغير فلا يكون نهيا مولويا تعديا يدل على فساد المعاوضة من أصله و أساسه حتى لا تصح المعاوضة بعد اجازة صاحب الحق.

بخلاف بيع الراهن، فإن النهي فيه نهى مولوي تعدي لا يرتفع باجازة المرتهن، لأنه يبيعه قد عصى الله عز و جل.

كما أن النهي عن الربا، و عن جعل العنب خمرا نهى مولوي تعدي لا يرتفع أثر الفساد و البطلان فيهما.

هذه غاية ما يمكن من حل هذه العبارة الغامضة التي تعد من الطلاسم.

و قد شرحناها بحمد الله تعالى شرحا وافيا حسب فهمنا القاصر.

ص: 24

فالقول (1) بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى.

انتهى كلامه (2) رفع مقامه.

ويرد (3) عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال، وبيعه (4) على وجه النيابة.

+++++

(1) هذا من متممات كلام المحقق التستري في المقاييس.

و الفاء هنا فاء النتيجة أي ففي ضوء ما ذكرنا: من الفرق بين عصيان الخالق في أنه مبطل للعقد، و عصيان المخلوق في أنه غير مبطل للعقد ظهر بطلان بيع الراهن الرهن قبل الاستحجازة من المرتهن.

و كذا كل عقد صدر من المالك المحجور على ماله كالمفلس، و السفية و مولى الأمة المستولدة، حيث إن النهي في هذه الموارد نهى مولوي تعبدى.

(2) هذا كلام شيخنا الأنصاري أي انتهى ما افاده المحقق التستري في هذا المقام في المقاييس.

(3) من هنا يروم الشيخ في الرد على ما افاده المحقق التستري حرفياً.

خلاصة هذا الكلام أننا قبل الايراد على المحقق التستري نمنع الفرق بين بيع الفضولي، و المرتهن على وجه الاستقلال في كونهما باطلين.

و بين بيعهما على وجه النيابة عن المالك في أنهما صحيحان، لأن البيع في كلتا الحالتين باطل لا محالة.

فما افاده من الفرق بقوله في ص 18: فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك، و إلا فلا يعد تصرفاً يتعلق به النهي: ممنوع.

(4) و كلمة و بيعه بالجر عطفاً على المضاف إليه في قوله في ص 25:

ص: 25

و منع (1) اقتضاء مطلق النهي لا لأمر خارج للفساد (2).

أولاً أن (3) نظير ذلك يتصور في بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاء لاجازة المرتهن، ولا ينوي الاستقلال.

وقد يبيع (4).

+++++

بين بيع أي وبعد منع الفرق بين بيع ملك الغير على وجه النيابة.

(1) بالجر عطفاً على المضاف إليه في قوله في ص 25: بعد منع الفرق أي وبعد منع اقتضاء مطلق النهي المتعلق بامر داخل على فساد المنهي عنه: وهو الحكم الوضعي، بل يدل على الحكم التكليفي فقط كما في البيع وقت النداء، فإن البيع ليس فاسداً في وقت النداء، بل حرام.

(2) الجار والمجرور متعلق بكلمة اقتضاء.

(3) كلمة إن مع أسمها مرفوعة محلاً فاعل لقوله في ص 25:

ويرد عليه.

هذه بداية الشروع في الايراد على المحقق التسري على ما افاده في المقاييس.

وقد أورد عليه الشيخ إيرادين:

(الأول): أن بيع الراهن الرهن نظير بيع الفضولي في كونه متوقفاً على الاجازة، فإن اجاز المرتهن البيع صح وإلا فلا.

فليس في هذا البيع أي محذور سوى توقفه على الاجازة وهو أمر ممكن ليس بمحال.

ولا يقصد الراهن من بيعه هذا الاستقلال، وعدم الاعتناء بالمرتهن في الاستجازة منه، بل يقصد من بيعه رجاء حصول الاجازة.

(4) في الواقع هذا تعليل لعدم قصد الراهن بيع الرهن بالاستقلال. -

ص: 26

جاهلا بالرهن، أو بحكمه، أو ناسيا (1)، ولا حرمة في شيء من ذلك (2).

و ثانيا (3) أن المتيقن من الاجماع و الاخبار (4) على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارة معقد الاجماع و الاخبار:

اعني قولهم:

+++++

و خلاصته أنه من الممكن أن يكون الراهن جاهلا برهن ملكه، لأنه لو كان عالما لما اقدم عليه، من دون استجازة من المرتهن.

أو يكون جاهلا بحكم الرهن الذي هو المنع عن التصرف فيه، وأن التصرف فيه متوقف على اجازة المرتهن.

(1) أي و من الممكن أن يكون الراهن ناسيا لأصل الرهن، أو لحكمه بعد أن كان عالما به، فلا يكون إقدامه على بيع الرهن إقداما مستقلا من دون مراجعة المرتهن.

فجميع هذه الاحتمالات و الامكانات قريبة على ما ذكرناه: من عدم إرادة الاستقلال في البيع.

(2) أي في جميع الاحتمالات الثلاث و هي:

جهل الراهن بأصل الرهن.

جهل الراهن بحكم الرهن.

نسيان الراهن بأصل الرهن، أو بحكمه بعد أن كان عالما بهما.

(3) هذا هو الايراد الثاني.

(4) المراد من الأخبار ما ذكر في الهامش 4 ص 9 و الهامش 1 ص 11.

كما أن المراد من الاجماع ما ذكره صاحب المقاييس بقوله في ص 15: بظاهر الاجماع.

ص: 27

الراهن والمرتهن ممنوعان.

و معلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً.

و حاصله (1) يرجع إلى منع العقد على الرهن، و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال، و عدم مراجعة صاحبه في ذلك (2): و اثبات (3) المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، و مع عدمه (4) يرجع إلى العمومات.

و أما ما ذكره (5): من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم اتحقق الفرق بينهما، بل

+++++

(1) أي و حاصل منع بيع الرهن من قبل المرتهن.

(2) أي في البيع.

(3) أي و إثبات منع العقد على الرهن من قبل المرتهن إلى أزيد من المنع عن الاستقلال في التصرف، و عدم مراجعة المالك الراهن إلى المرتهن في حصول الاجازة منه يحتاج إلى دليل آخر لا يوجد في المقام.

(4) أي و مع عدم وجود دليل آخر في إثبات المنع إلى أزيد من المنع عن الاستقلال يرجع إلى العمومات الموجودة في صحة البيع.

و المراد بالعمومات قوله عز من قائل:

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ .

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

وقوله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الناس مسلطون على أموالهم (5) هذا رد على ما أفاده المحقق التستري من عدم جريان التعليل -

ص: 28

الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير، فإن (1) منع الله جل ذكره من تقويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي، ونكاح العبد، وبيع الراهن.

وأما (2) ما ذكره: من المساواة بين بيع الراهن، وبيع الوقف،

+++++

- الوارد في الرواية المشار إليها في الهامش 4 ص 22 في بيع الراهن، وأنه مختص و جار في نكاح العبد فقط كما علمت في ص 23 عند قولنا: بخلاف المالك المحجور.

و خلاصة الرد عدم وجود الفرق بين بيع الراهن، وبين بيع الفضولي، وبين نكاح العبد، وبين نكاح العبد، فإن التعليل المذكور جار في بيع الرهن، وفي نكاح العبد بدون إذن مولاه، لأن النهي في كل منهما لأجل تعلقه بحق الغير، إذ الملاك الموجود في عدم جواز بيع الرهن: و هو منع الله جل شأنه عن تقويت حق الغير موجود بعينه في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، سواء أ كان المنهي عنه يباع فضوليا أم يبيع الراهن أم نكاح العبد.

فالفرق بين ما ذكر غير متحقق.

(1) تعليل لعدم الفرق بين بيع الراهن، وبيع الفضولي، ونكاح العبد.

وقد عرفته عند قولنا في ص 29: إذ الملاك الموجود.

(2) هذارد على ما أفاده المحقق التستري من المساواة بين بيع الراهن، وبين بيع الوقف، وأم الولد في قوله في ص 17: كما اقتضاه في بيع الوقف وأم الولد، مع استوائهما في كون سبب النهي حق الغير.

و خلاصة الرد أن بطلان بيع الوقف وأم الولد لأجل ورود دليل تعبدية عليه، و لو لا ذلك الدليل التعبدية المحض لحكمنا بصحتها أيضا

-

ص: 29

و أم الولد ففيه أن الحكم فيهما (1) تعبد، ولذا لا يؤثر الاذن السابق في صحة البيع.

فقياس الرهن عليهما في غير محله.

و بالجملة (2) فالمستفاد من طريقة الأصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي اذنه السابق: لا يقتضي الإبطال رأسا.

بل إنما يقتضي الفساد: بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا، من دون مراجعة ذي الحق.

و يندرج في ذلك (3) الفضولي، و عقد الراهن، و المفلس، و المريض، و عقد الزوج لبنت اخت زوجته، أو أخيها، و للأمة على الحرية، و غير ذلك، فإن (4) النهي في جميع ذلك إنما يقتضي الفساد: بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا: و هو صيرورته سببا مستقلا لآثاره، من دون مدخلية رضئ غير المتعاقدين.

+++++

- ولذا ترى أن الاذن السابق فيهما لا يؤثر في صحة البيع، لأنه لو لم يكن الدليل المذكور تعبديا صرفا لأثر الاذن السابق.

فقياس بيع الرهن ببيع الوقف و أم الولد قياس مع الفارق، لعدم جامع بينهما.

(1) مرجع الضمير ببيع الوقف و أم الولد.

(2) أي و خلاصة الكلام في هذا المقام.

(3) أي في عدم ترتب الأثر على العقد الصادر مستقلا من دون مراجعة إلى ذي الحق.

(4) تعليل لاندارج ما ذكر في عدم ترتب الأثر على العقد الصادر مستقلا.

ص: 30

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا (1)، بناء على ما سيحيى:

من أن ظاهرهم (2) كون الاجازة هنا كاشفة، حيث (3) إنه يلزم منه كون مال غير الراهن: وهو المشتري رهنا للبائع.

وبعبارة (4) أخرى الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما

+++++

(1) أي في بيع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن.

(2) أي ظاهر كلمات العلماء في بيع الراهن الرهن أن الاجازة كاشفة عن وقوع المبيع للمشتري من حين صدور العقد.

فيترتب عليه جميع الآثار: من تملك المشتري النماءات الحاصلة من المبيع.

(3) تعليل من المتخيل فيما افاده: من أن الاجازة الصادرة من المرتهن كاشفة عن وقوع المبيع للمشتري من حين صدور العقد، وأن المشتري مالك للنماءات الحاصلة منه.

و خلاصته أنه بناء على الكشف يلزم كون مال المشتري في زمن بين الرهن، وبين صدور الاجازة من المرتهن رهنا لمنفعة البائع، فيكون هذا اللزوم موجبا لبطلان بيع الراهن.

(4) هذا من متممات دليل المتخيل وقد صاغه في قالب آخر ليتضح مدعاه أكثر مما جاء به في الأول كما هو المقصود غالبا من قولهم: بعبارة أخرى في الاستدلالات.

و خلاصته أن هنا تنافيا بين الرهن و البيع في زمن واحد، لعدم إمكان تحققهما في آن واحد: و هو زمان ما قبل صدور الاجازة من المرتهن، لأن الملك قبل الاجازة كان مرهونا لا يجوز بيعه، فيلزم حينئذ كون الملك لشخصين: و هما البائع و المشتري في آن واحد، فيكون البيع و الرهن ضددين لا يمكن اجتماعهما، و هذا معنى التنافي.

في زمان واحد: اعني ما قبل الاجازة.

و هذا (1) نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه: من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع.

و يدفعه (2) ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن في الواقع و إلا (3) لجري ذلك في العقد الفضولي أيضاً، لأن فرض كون

+++++

(1) تنظير من المتخيل جاء به لاثبات مدعاه: و هو بطلان بيع الراهن الرهن.

و خلاصته أن الإشكال هنا كالإشكال في بيع من باع شيئاً ثم ملكه بعد البيع باحد أسباب التملك.

فكما أن البيع هناك باطل، كذلك هنا، لاتحاد الملاك في المقامين:

و هو لزوم كون الملك لشخصين في آن واحد.

وقد تقدمت هذه المسألة، و الإشكال فيها عن المحقق التستري في (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 9 ص 42-43 عند نقل الشيخ عنه بقوله: الرابع أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره.

(2) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم به رفع ما زعمه المتخيل.

و خلاصته أن القائل بكون الاجازة في بيع الرهن كاشفة يلتزم بالكشف عن زوال الرهن أنا ما قبل وقوع البيع، و عدم وجوده في الواقع و نفس الامر في ظرف وقوع البيع، فلا يقع البيع في ظرف كون الملك رهنا عند المرتهن حتى يلزم كون الملك لشخصين في آن واحد، إذ لا وجه للبيع مع وجود الرهن.

(3) أي و إن لم يلتزم القائل بالكشف بما قلناه لجري الإشكال المذكور: و هو كون الملك لشخصين في آن واحد في العقد الفضولي بجميع أقسامه أيضاً، من دون اختصاصه بمسألة من باع شيئاً ثم

ص: 32

المجيز مالكا للمبيع، نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة.

و أما (1) ما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم في مسألة اجازة المرتهن.

نعم يلزم (2) في مسألة فك الرهن.

+++++

- ملكه، لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع، و الاجازة منه كاشفة عن سبق الملك للمشتري بالعقد للواقع من البائع للفضولي: يوجب تملك مالكين لملك واحد في آن واحد قبل الاجازة.

(1) جواب عن التنظير الذي ذكره المتخيل بقوله: في ص 32 و هذا نظير ما تقدم.

و خلاصته: أن تنظير ما نحن فيه بمن باع شيئا ثم ملكه في غير محله لأن هنا ليس مالكان يملكان ملكا واحدا حتى يلزم المحذور المذكور إذ المالك هو البائع الرهن، و المرتهن ليست له ملكية بالنسبة إلى الملك المرهون حتى يصبح الملك لشخصين.

نعم إن للمرتهن حقا في الملك الرهين عنده بهذا الحق يتوقف بيع الرهن على اجازة المرتهن، فاذا اجاز صح البيع و مضى.

فما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه: من كون الملك لشخصين في آن واحد لا يلزم في بيع الرهن الرهن.

(2) اي الإشكال المذكور: و هو كون الملك لشخصين إنما يلزم في فك الرهن، بناء على كون الاجازة كاشفة.

بيان ذلك أن البائع لما باع ملكه الرهين فقد اصبح الملك للمشتري بناء على الكشف فيكون الملك إذا مشتركا بينهما إلى أن يجيز المرتهن البيع، ففي فترة زمن صدور الاجازة يصدق الاشتراك المذكور.

ص: 33

وسيجيء التنبيه عليه (1) إن شاء الله تعالى.

ثم إن الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي

ثم إن الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي (2).

و محصله (3) أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الأخبار (4) هو الكشف.

و القول بالكشف هناك (5) يستلزمه هنا (6) بالفحوى (1)

+++++

(1) اي على أن الملك لشخصين في فك الرهن.

(2) فكل ما قيل هناك يقال هنا.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 من ص 273 إلى ص 303.

(3) اي خلاصة ما قلناه هناك: هو أن مقتضى القاعدة التي هو الاصل الأولي العقلاني كون الاجازة ناقلة كما عرفت شرح ذلك مفصلاً.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 128.

(4) ذكرنا هذه الأخبار هناك.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 165-169-178-179.

(5) اي في البيع الفضولي.

(6) اي في بيع الراهن الرهن.

و المراد من الفحوى هي الأولوية، لأن المالك إذا اجاز البيع في الفضولي و صح ففي الرهن إذا اجاز المرتهن بطريق أولى يصح البيع، لأن المرتهن ليس بمالك.

و خلاصة كلامه أن سبب التمليك شئان: العقد و الاجازة. -

ص: 34

لأن (1) اجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، و هي (2) هنا من قبيل رفع المانع، و من اجل ذلك (1) (3) جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن.

مع (4) أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة.

و الاعتذار (5) عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جنابة الجاني على العبد

+++++

- فالعقد قد وقع ابتداء، و الاجازة قد صدرت بعده و هي جزء سبب فاذا جاز تقدم المسبب على احد جزئي السبب جاز تقدمه على ارتفاع المانع بطريق أولى.

(1) تعليل للفحوى المذكورة.

(2) اي الاجازة فيما نحن فيه: و هو بيع الرهن.

(3) اي و من اجل أن الاجازة من المرتهن كاشفة لا ناقلة جوز الفقهاء عتق الراهن إذا تعقبه الاجازة من المرتهن.

(4) اي مع أن العتق من الايقاعات، لا من العقود و الايقاعات لا تقع مراعاة، فوقع العتق من الراهن إذا تعقبه الاجازة دليل على أن الاجازة في الرهن كاشفة لا ناقلة.

(5) هذا اعتذار من القائل بوقوع العتق في الرهن.

اي الاعتذار عن هذا الوقوع: بأن الرهن مبني على التغليب حيث إن الشارع دوما في مقام تغليب جانب الحرية على الرقية و يريد فك الرقية بأي سبب حصلت و لو بواسطة الايقاع كما فعل المحقق الثاني و وقع العتق في الرهن عند ما ذكر مسألة عفو الراهن عن جنابة الجاني على العبد المرهون.

ص: 35

المرهون: مناف (1) لتمسكهم في العتق بعمومات العتق.

مع (2) أن العلامة قدس سره في تلك المسألة قد جَوَّز العفو مراعا بفك الرهن.

هذا (3) إذا رضي المرتهن بالبيع و اجازته.

أما إذا اسقط حق الرهن ففي كون الاسقاط كاشفاً، أو ناقلاً كلام يأتي في افتكك الرهن، أو ابراء الدين.

هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا

ثم إنه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الاجازة وهو واضح.

و هل ينفع الاجازة بعد الرد؟

وجهان

من (4) أن الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كرد بيع الفضولي، لأن المجيز هناك في معنى احد المتعاقدين.

+++++

(1) هذا جواب عن الاعتذار المذكور أي هذا الاعتذار مناف لتمسك الفقهاء في العتق بعمومات العتق مثل قولهم: انت حر لوجه الله، لأنه لو كان الامر كما يقول المعتذر لكان تمسك الفقهاء في العتق بالتغليب، لا بالعمومات المذكورة.

(2) هذا دفع عما افيد: من أن الايقاعات عند الفقهاء لا تقع مراعا.

و خلاصته أنه كيف يقال ذلك مع أن العلامة قدس سره افاد في القواعد بجواز عفو الراهن عن جنابة الجاني على عبده المرهون بفك الرهن، مع أن العفو من الايقاعات ؟

فقول العلامة يكون نقضا لتلك القاعدة.

(3) اي جواز عتق الرهن متعقبا بالاجازة من المرتهن.

(4) دليل لكون الاجازة نافعة بعد الرد.

وقد تقرر أن ردّ احد المتعاقدين مبطل لا نشاء العاقد الآخر.

بخلافه (1) هنا، فإن المرتهن اجنبي له حق في العين.

و من (2) أن الايجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن فرضاء كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر.

فكما أن ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدّم.

كذلك ردّ المرتهن.

و هذا (3) هو الأظهر من قواعدهم.

فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة، لسقوط حق المرتهن بذلك (4) كما صرح به في التذكرة.

و حكي عن فخر الاسلام، و الشهيد في الحواشي، و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين.

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد.

بل (5) بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط، أو الإبراء، أو غيرهما.

نظرا (6) إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن، و سقوطه

+++++

(1) اي بخلاف الاجازة في الرهن.

(2) دليل لعدم كون الاجازة نافعة بعد الرد.

(3) اي عدم فائدة الاجازة بعد الرد هو الأظهر من القواعد الفقهية.

(4) اي بفك الرهن.

(5) عطف على المجرور بالباء في قوله: بالفك.

اي بل يحتمل عدم لزوم العقد بمطلق السقوط، أو الإبراء أو غيرهما.

(6) تعليل لاحتمال عدم لزوم العقد بالفك، أو بمطلق السقوط أو الإسقاط.

بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه.

الفرق بين الإجازة و الفك

و الفرق (1) بين الاجازة و الفك أن (2) مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقه، وإن لزم من الاجازة سقوط حقه، فيسقط حقه بلزوم البيع.

وبالجملة (3) فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه.

اعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه، نظير اجازة المالك.

بخلاف (4) الإسقاط، أو السقوط بالإبراء، أو الاداء

+++++

(1) اي الفرق بين اجازة المرتهن في أنها تؤثر في صحة عقد البيع الواقع عند صدور الاجازة منه.

و بين فك الرهن من قبل الراهن البائع في أنه لا يؤثر في صحة عقد البيع الواقع قبل الفك.

ثم لا يخفى عليك أن الشيخ إنما ذكر هذا الفرق بعد أن ذكر:

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك.

(2) هذا وجه الفرق بين الاجازة، و الفك.

و خلاصته: أن اجازة المرتهن لبيع الراهن تصرف منه في حقه الثابت له بالرهن، و مقتضى هذا الحق هو صحة امضائه و اجازته للبيع الصادر من البائع الراهن، وإن كان لازم هذه الاجازة سقوط حقه بلزوم البيع بعد صدور الاجازة منه.

فاجازته نظير اجازة المالك للبائع الفضولي في لزوم العقد، و خروجه عن التزلزل.

(3) اي و خلاصة الكلام في هذا المقام.

(4) اي بخلاف الإسقاط: و هو إسقاط الراهن حق المرتهن بفك الرهن، أو سقوط حق المرتهن من قبل نفسه بإبراء الراهن -

فإنه (1) ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، وقد تقدم (2) الإشكال فيه عن جماعة.

مضافا (3) إلى استصحاب عدم لزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود .

+++++

- أو باداء شخص آخر مال الرهن، فإن هذا الإسقاط، أو السقوط بشقيه: من الأبراء، أو الأداء ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه من قبل البائع الراهن، فيكون العقد في تلك الحالة نظير بيع الفضولي، أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما المبيع.

فكما أن البيع الصادر من الفضولي، أو الغاصب لنفسهما محل إشكال و تأمل.

كذلك بيع الراهن الرهن حالة وجود حق الراهن محل إشكال وإن فك البائع الرهن بعد ذلك.

(1) تعليل لكون الإسقاط، أو السقوط خلاف اجازة المرتهن.

وقد عرفته عند قولنا في هذه الصفحة: فإن هذا الإسقاط، أو السقوط.

(2) في الجزء 8 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص 225.

عند قول الشيخ: وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

وفي ص 228 عند قوله: وقد تخيل بعض المحققين.

(3) اي ولنا دليل آخر على عدم لزوم العقد بالفك بالإضافة إلى الفرق المذكور في الهامش 1 ص 38: وهو استصحاب عدم لزوم العقد

قبل سقوط حق المرتهن، فإنه قبل السقوط كان بيع الراهن غير لازم فبعد الفك نشك في رفعه فنجري استصحاب عدم لزوم عقد الراهن قبل

اجازة المرتهن، وهذا الاستصحاب حاكم على عموم قوله تعالى:

ص: 39

بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص، وليس (1) ذلك محل التمسك بالعام، إذ (2) ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط (3) فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام (4).

و يؤيد ما ذكرناه (1) (5)، بل يدل عليه (2) ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الاجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح (6).

+++++

- أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الشامل لبيع الراهن الرهن قبل اجازة المرتهن فيقع التعارض بين الاستصحاب المذكور، وبين هذا العموم فيقدم الاستصحاب، لحكومته عليه.

(1) اي وليس بيع الرهن من المقامات التي يتمسك لها بالعموم المذكور، لحكومة الاستصحاب على ذلك كما علمت.

(2) تعليل لعدم كون بيع الرهن من المقامات التي يتمسك لها بالعموم.

(3) اي قبل سقوط حق المرتهن.

(4) وهو قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

(5) وهو استصحاب عدم لزوم بيع الرهن قبل سقوط حق المرتهن، وأنه حاكم على العموم المذكور.

(6) أليك نص الحديث 2.

عن معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال:

إني كنت مملوكا لقوم، وتزوجت امرأة حرة بغير اذن مواليِّ ثم اعتقوني بعد ذلك.

فاجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟

ص: 40

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

هذا ولكن (1) الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك.

فعدم الاثر ليس لقصور في المقتضي (2)، وإنما هو (3) من جهة المانع فاذا زال (4) أثر المقتضي.

+++++

فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ

قال: فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم اقرار منهم:

اثبت على نكاحك الاول.

راجع (وسائل الشريعة) الجزء 14. ص 525 الباب 16 الحديث 1.

فالشاهد في نكاح العبد، حيث توقفت صحته على اذن سيده و إن كان منشأ اذن سيده هو سكوته بعد علمه بتزوج عبده بدون اذنه كما عرفت في الحديث المشار إليه في الهامش 6 ص 40.

(1) من هنا يروم الشيخ أن يبدي نظره حول بيع الراهن الرهن بدون استجازة من المرتهن فظاهر الضعف حول الاحتمال المذكور في ص 37 بقوله: و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك:

وقد ذكر وجه الضعف في المتن فلا نعيده.

(2) و هو العقد.

(3) اي عدم تأثير العقد في بيع الرهن إنما هو لاجل وجود المانع و هو عدم اجازة المرتهن الذي له حق في الرهن، لا أن في نفس العقد قصورا عن التأثير.

(4) أي المانع و هو عدم اجازة المرتهن: بأن اجاز فقد أثر المقتضي الذي هو العقد اثره: و هو النقل و الانتقال.

ص: 41

و مرجع ما ذكرنا (1) إلى أن أدلة سببية البيع المستفاد من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و من الناس مسلطون على أموالهم، و نحو ذلك (2) عامة (3).

و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق (4) فإذا زال المزاحم (5) وجب تأثير السبب (6).

و لا مجال لاستصحاب (7) عدم تأثير البيع، للعلم (8) بمناط المستصحب و ارتفاعه.

فالمقام (9)

+++++

(1) و هو ضعف الاحتمال المذكور في ص 41.

(2) كقوله تعالى: و احل الله البيع.

تجارة عن تراض.

(3) بالرفع خبر لاسم إن في قوله: الى أن أدلة.

(4) من حق المالك الراهن.

(5) و هو حق المرتهن بفك الرهن.

(6) و هو العقد الصادر من الراهن البائع بدون الاستجازه من المرتهن.

(7) كما افاده بقوله في ص 39: مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم.

(8) تعليل لعدم مجال للاستصحاب المذكور.

و خلاصته أن للاستصحاب ركنين ركنين و هما:

اليقين السابق، و الشك اللاحق.

و من الواضح عدم وجود شك عارض هنا، للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه، لأنه بعد فك الرهن لا يبقى حق للمرتهن حتى يستصحب

عند الشك في زوال حق المرتهن.

(9) و هو بيع الراهن الرهن من قبيل وجوب العمل بالعام -

من باب وجوب العمل بالعام، لا من (1) مقام استصحاب حكم الخاص فافهم (2).

و أما قياس ما نحن فيه (3) على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق، لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح، إذ لا منافاة بين كونه عبداً، و كونه زوجاً.

و لاجل ما ذكرنا (4) لو تصرف العبد لغير السيد ببيع، أو

+++++

- الذي هو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، فيحكم بلزوم العقد الصادر من الراهن البائع بفك الرهن ببيعه.

(1) اي وليس المقام من باب وجوب العمل باستصحاب حكم الخاص: و هو عدم لزوم العقد بفك الرهن عند الشك في سقوط حق المرتهن.

(2) اشارة إلى دقة الموضوع، حيث إن الفرق بين المقامين يحتاج إلى امعان النظر.

(3) و هو بيع الراهن الرهن.

(4) و هو أن المانع من سببية نكاح العبد بدون اذن سيده هو قصور تصرفات العبد بالاستقلال، اي ليس له استقلال في تصرفاته حتى يقع نكاحه صحيحاً و إن لم يأذن سيده بعد ذلك فالمانع هو هذا لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح.

خلاصة هذا الكلام أنه بعد أن علمت المانع فلو تصرف العبد لغير مولاه: بأن اشترى له، أو باع له، أو ضارب له، أو ساقى له وقعت تلك العقود المذكورة غير صحيحة و إن عتق بعد تلك التصرفات، لعدم افادة تصرفه في تصحيح تلك العقود.

ص: 43

غيره (1) ثم عتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك (2) التصرف (3). (1)

هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل

هذا (4)، و لكن (5) مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك، أو الإسقاط أو الأبراء، أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه.

خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا: من أن مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه فإن هذا (6) غير متحقق في فك الرهن.

+++++

(1) مثل المساقاة، أو المضاربة كما علمت.

(2) اي العقود المذكورة كما علمت.

(3) بالرفع فاعل لقوله: لم ينفع كما عرفت.

(4) اي خذ ما تلوناه عليك.

(5) استدراك عما افاده في ص 41 بقوله: من أن عدم الاثر ليس لقصور في المقتضى.

خلاصته أنه بناء على ما ذكرنا تكون الاجازة من المرتهن ناقلة للملك من حين الفك، أو الإسقاط، أو الأبراء.

وليس كاشفة عن تأثير العقد من حين وقوعه من الراهن.

(6) اي امضاء العقد من حين وقوعه لا يمكن تحقيقه في فك الرهن، لأن الفك ليس له تأثير في العقد الواقع من قبل الراهن.

نعم لو كان هناك اذن من قبل المرتهن يمكن أن يقال بتأثيره في العقد الواقع من قبل الراهن.

ص: 44

فهو (1) نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الاول، لا من حين العقد.

وإلا (2) لزم في المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة.

كما يلزم في تلك المسألة (3) كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد، هذا (4).

ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف.

وقد تقدم (5) عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون أن الفك يكشف عن صحته.

ويدل على الكشف أيضا ما استدلوا به على الكشف في الفضولي:

من أن العقد سبب تام.

إلى آخر ما ذكره في الروضة (6)، وجامع القاصد.

+++++

(1) اي فك الرهن.

(2) اي وإن قلنا بتأثير العقد من حين وقوع العقد لزم أن نقول في فك الرهن بكون ملك الغير وهو المشتري رهنا لغير مالكة وهو المشتري، وهذا مما لا يقوله احد.

(3) وهي مسألة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم يملكه بالارث أو الشراء.

(4) اي خذ ما تلوناه عليك حول فك الرهن، وأن الاجازة فيه كاشفة، أو ناقلة.

(5) في ص 36 عند نقل الشيخ عن العلامة بقوله: مع أن العلامة قال في القواعد.

(6) راجع (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 229 -

ص: 45

ثم إن لازم الكشف كما عرفت في مسألة الفضولي (1) لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن (2) كالمشتري الأصيل فلا يجوز له (3) فسخه، بل ولا إبطاله بالأذن للمرتهن في البيع.

نعم (4) يمكن أن يقال بوجود فكه من مال آخر، إذ (5) لا يتم الوفاء بالعقد الثاني إلا بذلك.

+++++

- عند قول الشارح: لأن السبب الناقل للملك هو النقل.

(1) راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 317 عند قول المصنف: أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء.

(2) أما من طرف الراهن فلكون المبيع المرهون ملكه.

و أما من قبل المشتري فلكونه مالكا جديدا بسبب شرائه الرهن من الراهن البائع.

(3) أي لا يجوز للراهن فسخ البيع الذي اوقعه على الرهن. ولا إبطاله: بأن يجيز للمرتهن بيع الرهن.

(4) استدراك عما افاده: من عدم جواز فسخ البيع الصادر من الراهن، ولا إبطاله.

و خلاصته أنه يبقى هنا شيء واحد على الراهن: وهو امكان القول بوجوب فك الرهن عليه من مال آخر، لا من نفس ثمن المبيع (1) فإن الثمن غير ملك للبائع الراهن فلا يجوز له التصرف فيه، لتزلزل المبيع، وعدم استقراره، إذ من المحتمل لا يجيز المرتهن البيع الصادر من الراهن فيبطل كالبيع الفضولي إذا لم يجز المالك الاصيل البيع الصادر من الفضولي.

(5) تعليل لوجوب فك الرهن على الراهن.

و خلاصته أن العقد الجديد الواقع على الرهن الصادر من الراهن -

ص: 46

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

فالوفاء (1) بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

ويمكن (2) أن يقال: إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع: بمعنى عدم جواز نقضه.

وأما دفع حقوق الغير (3)

+++++

- لا يتحقق في الخارج، ولا يترتب عليه الاثر: وهو النقل والانتقال إلا بفك الرهن، لأن تمامية الوفاء بالعقد الثاني، وتشخصه في الخارج موقوف على الفك و منوط به، لتعلق حق المرتهن بالرهن فيكون حقه أسبق من حق المشتري فيقدم فيجب الفك لا محالة.

(1) الفاء تفريع على ما افاده: من وجوب فك الرهن على الراهن في قوله في ص 46: نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه أي ففي ضوء ما ذكرنا فلا تنافي بين الوفاء بمقتضى الرهن وهو وجوب فكه.

و بين الوفاء بمقتضى العقد الجديد: وهو عدم جواز فسخه وإبطاله من قبل الراهن، فهما غير متضادين حتى لا يمكن اجتماعهما.

(2) مقصود الشيخ قدس سره من قوله هذا: ويمكن أن يقال هدم ما افاده: من وجوب فك الرهن على الراهن بقوله في ص 46:

نعم يمكن أن يقال.

و خلاصته أن الواجب على الراهن البائع هو الوفاء بمقتضى العقد:

بأن لا يفسخه ولا يبطله ولا ينقضه.

وأما دفع حق المرتهن، ورفع سلطنته عن الرهن فليس بواجب عليه حتى يتمكن المشتري من التسلط على المبيع، للزوم البيع بنفس العقد الصادر من الراهن، وبمجرد وقوعه منه فلا يحتاج للزوم إلى شيء آخر: وهو فك الرهن.

(3) وهو المرتهن كما عرفت آنفا.

ص: 47

وسلطنته فلا يجب، ولذا (1) لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه، بناء (2) على لزوم للعقد بذلك.

وكيف (3) كان فلو امتنع (4) فهل يباع عليه (5) لحق المرتهن لاقتضاء (6) الرهن ذلك وإن لزم من ذلك (7) إبطال بيع الراهن

+++++

(1) أي ولاجل أن دفع حق المرتهن، ورفع سلطنته عن الرهن غير واجب على الراهن البائع.

هذا استشهاد من الشيخ على ما افاده: من عدم وجوب دفع حق المرتهن على الراهن.

و خلاصته أن من باع مال الغير لنفسه لا لمالكة لا يجب عليه أن يشتري هذا المبيع من مالكة الاصيل ثم يدفعه إلى المشتري لأن البيع صار لازما بنفس العقد الصادر من البائع الفضولي.

(2) تعليل لعدم وجوب الشراء على من باع مال الغير لنفسه ثم يدفعه إلى المشتري.

وقد عرفته في الهامش 1 ص من هذه الصفحة عند قولنا: لأن البيع صار لازما.

(3) يعني أي شيء قلنا حول فك الرهن في أنه واجب على الراهن أو ليس بواجب.

(4) أي الراهن البائع.

(5) أي على ضرر البائع: بأن يباع الرهن جبرا وقهرا عليه.

(6) تعليل لبيع الرهن رغما وقهرا على الراهن الممتنع عن البيع أي إن الرهن يقتضي بيع الرهينة عند امتناع الراهن عن بيعها لكونها وثيقة اخذت لمثل هذه الطواري حتى يتمكن المرتهن من الحصول على ماله.

(7) أي من هذا البيع القهري الالزامي.

ص: 48

لتقدم حق المرتهن.

أويجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر (1)، جمعاً بين حقي المشتري، و المرتهن اللازمين (2) على الراهن البائع ؟

وجهان:

ومع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حق المرتهن.

+++++

(1) أي لا من ثمن الرهن المبيع، وقد عرفت وجه ذلك.

في الهامش 4 ص 46 عند قولنا: فإن الثمن غير.

(2) أي حق المشتري و حق المرتهن لازمان على الراهن فلا بد من الجمع بينهما بفك الرهن من مال آخر، لا من ثمن الرهن المبيع.

ص: 49

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

(مسألة):

إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله (1)، أو استرقاق كله أو بعضه.

فالأقوى صحة بيعه، وفاقا للمحكي عن العلامة و الشهيد و المحقق الثاني، وغيرهم.

بل في شرح الصيمري (2) أنه (3) المشهور، لأنه لم يخرج (4)

+++++

(1) المراد من القتل هنا معناه الأعم الشامل لقصاص الطرف بقريضة قوله: أو استرقاق كله، أو بعضه.

(2) يأتي شرح حياته و مؤلفه في (أعلام المكاسب) إن شاء الله تعالى.

(3) أي صحة البيع هي المشهور عند الفقهاء.

(4) أي لم يخرج العبد الجاني جناية موجبة لقتله، أو استرقاق كله أو بعضه.

ص: 50

باستحقاقه للقتل، أو الاسترقاق عن ملك مولاه على ما هو المعروف عن عدو الشيخ في الخلاف كما سيجيء.

وتعلق حق المجني عليه (1) به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به.

و مجرد امكان مطالبة أولياء المجني عليه له (2) في كل وقت بالاسترقاق، أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته.

و على تقدير تسليمه (3) فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق، فإن افتكك لزم، وإلا بطل البيع من أصله.

ويحتمل أن يكون البيع غير متزلزل (4) فيكون تلفه (5)

+++++

(1) أي بالعبد الجاني.

(2) أي للمجني عليه.

(3) أي و على فرض تسليم إسقاط اعتبار مالية العبد الجاني جناية موجبة لقتله، أو استرقاق كله، أو بعضه فلا يكون بيع هذا العبد أقل من بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم اجاز المالك البيع.

فكما أن هناك يقع البيع صحيحا بعد الاجازة.

كذلك هنا يقع صحيحا بعد فك المولى العبد من الاقتصاص أو الاسترقاق.

(4) أي يكون لازما ثابتا.

(5) أي تلف العبد الجاني لو اقتص منه، أو استرق كله، أو بعضه يكون من المشتري لو كان التلف في غير زمن خيار الحيوان الثابت للعبد.

من المشتري في غير زمن الخيار، لوقوعه (1) في ملكه.

غاية الامر أن كون المبيع عرضة لذلك (2) يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع (3) الأرمذ إذا عمي، و المريض إذا مات بمرضه:

و يردده (4) أن المبيع (1) إذا كان متعلقا لحق الغير (5) فلا يقبل أن يقع لازما، لأدائه إلى سقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل (6) و إما أن يقع مراعا.

وقد عرفت (7) أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله و مدخلية الغير فيه وقوع بيعه مراعا، لا باطلا.

و بذلك (8) يظهر الفرق بين ما نحن فيه (9)، و بين بيع المريض الذي يخاف عليه من الموت و الأرمذ الذي يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد، فإن الخوف في المثالين لا يوجب نقصانا في سلطنة

+++++

(1) أي لوقوع هذا التلف في ملك المشتري.

(2) أي للتلف.

(3) و هو العبد الأرمذ.

(4) أي و يرد هذا الاحتمال.

(5) و هو المجني عليه.

(6) أي بيع العبد الجاني.

(7) أي في بيع الرهن في ص 10 عند قول الشيخ: لأن معقد الاجماع و الأخبار الظاهرة.

(8) أي و بما قلناه: من أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله و مدخلية الغير فيه وقوع بيعه مراعا، لا باطلا.

(9) و هو بيع العبد الجاني، و بين بيع العبد المريض.

ص: 52

المالك، مانعا عن نفوذ تملكه منجزا، بخلاف تعلق حق الغير (1).

اللهم إلا أن يقال: إن تعلق حق المجني عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزا، لأن للبائع سلطنة مطلقة عليه (2)، وكذا للمشتري ولذا (3) يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذى الحق (4).

غاية الامر أن له (5) التسلط على ازالة ملكهما، ورفع بالاتلاف (6) أو التملك (7)(1).

وهذا (8) لا يقتضي وقوع العقد مراعا، وعدم استقرار الملك.

وبما ذكرنا (9) ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من تصرف الغير، وحق المجني عليه غير المانع فعلا.

+++++

(1) وهو المجني عليه.

(2) أى على العبد الجاني.

(3) أى ولاجل أن تعلق حق المجني عليه على العبد الجاني لا يمنع من نفوذ تملكه منجزا، لأن للبائع سلطنة مطلقة على العبد الجاني.

(4) وهو المجني عليه.

(5) أى لذي الحق وهو المجني عليه.

(6) كما إذا اقتص من العبد الجاني.

(7) كما إذا استرق كله، أو بعضه.

(8) وهو تسلط ذى الحق الذي هو المجني عليه على ازالة ملك المشتري، أو البائع باتلاف العبد الجاني بالاقتصاص منه، أو تملكه بالاسترقاق.

(9) من أن تعلق حق المجني عليه على الجاني لا يمنع من نفوذ تملكه للعبد منجزا، لأن للبائع سلطنة مطلقة، وكذا للمشتري، ولذا يجوز التصرف لهما فيه.

ص: 53

غاية الامر أنه (1) مانع شأنًا.

وكيف (2) كان فقد حكى عن الشيخ في الخلاف (1) البطلان (3) فإنه قال فيما حكى عنه:

إذا كان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغير اذن المجنى عليه.

فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع.

وإن كانت جنايته توجب الارش صح إذا التزم مولاه بالارش.

ثم استدل (4) بأنه إذا وجب عليه القود (5) فلا يصح بيعه (6) لأنه قد باع منه ما لا يملكه فإنه حق للمجنى عليه.

وأما إذا وجب عليه الارش صح (7)، لأن رقبته سليمة و الجناية ارشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع، انتهى (8).

وقد حكى عن المختلف (2) أنه حكى عنه (3) في كتاب الظهار التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمدا، حيث قال:

إذا كان عبد قد جنى جناية فإنه لا يجزى عتقه عن الكفارة.

+++++

(1) أي حق المجنى عليه له المانعية الشأنية، لا الفعلية.

بمعنى أن له اتلاف العبد بالاقصاص منه، أو استرقاقه.

(2) يعني أي شيء قلنا في بيع العبد الجاني.

(3) أي بطلان بيع العبد الجاني.

(4) أي الشيخ قدس سره في الخلاف.

(5) بفتح القاف و الواو مصدر قود و هو القصاص بقتل القاتل عوضا عن المقتول.

(6) أي بيع المولى هذا العبد الجاني الذي اوجبت جنايته القصاص منه.

(7) أي صح بيع المولى هذا العبد الجاني.

(8) أي ما افاده شيخ الطائفة قدس سره في الخلاف في هذا المقام.

1-- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2-- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3-- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

وإن كانت خطأ جاز ذلك.

واستدل باجماع الفرقة فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمدا ينتقل ملكه إلى المجني عليه.

وإن كانت خطأ فدية ما جناه على مولاه، انتهى (1).

وربما يستظهر ذلك (2) من عبارة الاسكافي في المحكي عنه في الرهن وهي:

إن من شرط الرهن أن يكون رهن الراهن مثبتا لملكه اياه، غير خارج بارتداد. أو استحقاق الرقبة بجنايته عن ملكه، انتهى.

وربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع أيضا في كتاب القصاص حيث قال:

إذا قتل العبد حرا عمدا فاعتقه مولاه صح (3) ولم يسقط القود.

ولو قيل: لا يصح (4)، لئلا يبطل حق الولي من الاسترقاق كان حسنا.

وكذا بيعه (5)

+++++

(1) أي ما افاده العلامة قدس سره في المختلف في هذا المقام.

(2) وهو عدم بقاء ملك المولى على الجاني عمدا.

(3) أي صحّ العتق.

(4) أي عتق العبد الجاني إذا قتل حرا عمدا.

(5) أي وكذا الصحة و البطلان تأتيان في بيع العبد الجاني وهبته، كما تأتي الإشارة إليهما.

وأما وجه استظهار بطلان بيع العبد الجاني عمدا من كلام المحقق فمن عطف قوله: وكذا بيعه وهبته على قوله: صح.

وعلى قوله: ولو قيل: لا يصح، لئلا يبطل الاسترقاق كان حسنا. -

ص: 55

و هبته، انتهى (1).

لكن يحتمل قويا أن يكون مراده بالصحة وقوعه (2) لازما غير متزلزل كوقوع العتق، لأنه (3) الذي يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه، مراعا بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق.

و كيف كان (4) فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد في عدم الصحة إلى عدم الملك (5).

و هو ممنوع، لأصالة بقاء ملكه، و ظهور لفظ الاسترقاق (1) في بعض الأخبار في بقاء الملك (6).

+++++

- فكما أن المعطوف عليه: و هو صحة عتق العبد الجاني عمدا يجوز فيه الوجهان: الصحة و البطلان.

كذلك المعطوف: و هو بيع العبد الجاني و هبته يجوز فيه الوجهان:

الصحة و البطلان.

(1) أي ما افاده المحقق في الشرائع.

راجع (شرائع الاسلام) الطبعة الجديدة - الجزء 4 - ص 209.

(2) أي وقوع البيع.

(3) تعليل لكون المراد من صحة البيع هو اللزوم، لا البيع المتزلزل أي اللزوم هو الموجب لبطلان حق استرقاق المجني عليه لا وقوع البيع مراعا و متزلزلا.

(4) أي سواء قلنا بصحة بيع العبد الجاني عمدا أم لم نقل بذلك.

(5) كما نقل عنه الشيخ في ص 54 بقوله: فلا يصح بيعه، لأنه قد باع منه ما لا يملكه.

(6) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 19، ص 73 الباب 41 الحديث 1-2.

ص: 56

نعم فى بعض الأخبار ما يدل على الخلاف (1).

ويمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه، فإنه ينتقل إلى المجني عليه.

ويكون عدم جواز بيعه من المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولي المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير (2) تنافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما فى الرهن.

+++++

- أليك نص الحديث الاول.

عن زرارة عن احدهما عليهما السلام فى العبد إذا قتل الحر دفع إلى أولياء المقتول.

فإن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استرقوه.

فالشاهد فى كلمة استرقوه، حيث تدل على بقاء العبد الجاني على ملكيته.

(1) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 19 ص 74، الحديث 5، أليك نص الحديث.

عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول.

فإن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استحيوا.

فالشاهد فى هذا الحديث أنه ليس فيه كلمة استرقوه.

بل فيه لفظة استحيوا الدالة على بقاء العبد من غير استحقاق.

(2) كما فيما نحن فيه، حيث يتعلق حق للمجني عليه على العبد الجاني عمداً جنائياً توجب قتله، أو استرقاق كله أو بعضه.

ص: 57

مسألة: إذا جنى العبد خطأ صح بيعه

(مسألة):

إذا جنى العبد خطأ صح بيعه (1) على المشهور.

بل في شرح الصيمرى أنه لا خلاف في جواز بيع الجاني إذا كانت الجناية خطأ، أو شبه عمد، و يضمّن المولى أقل الأمرين: من قيمته، و دية الجناية.

و لو امتنع (2) كان للمجنى عليه، أولوية انتزاعه فيبطل البيع.

و كذا لو كان المولى معسراً فللمشترى الفسخ مع الجهالة (3) لتزلزل ملكه ما لم يفد به المولى، انتهى (4).

و ظاهره (5) أنه اراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد.

إلا أن المحكي عن السرائر و الخلاف أنه لا يجوز (6) إلا إذا افداه

+++++

(1) أى بيع المولى العبد الجاني جنابة خطأ.

(2) أى المولى لو امتنع من دفع أقل الأمرين: قيمة العبد، أو دية الجناية.

(3) أى مع جهالة المشتري بجناية العبد خطأ.

(4) أى ما أفيد في شرح الصيمرى.

(5) أى و ظاهر كلام الصيمرى.

(6) أى بيع العبد الجاني خطأ.

ص: 58

المولى، أو التزم بالفداء، إلا أنه إذا باع ضمن.

و الأوفق (1) بالقواعد أن يقال بجواز البيع، لكونه ملكا لمولاه.

و تعلق حق الغير (2) لا يمنع عن ذلك (3)، لأن كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأسا (4)، فضلا عن تعلق حق الغير (5).

و لعل ما عن الخلاف (6) و السرائر مبني على اصلهما: من بطلان الفضولي و ما أشبهه: من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير (7)

+++++

(1) هذا رأي شيخنا الأنصاري قدس سره حول الموضوع اي الأوفق بالقواعد الفقهية هو جواز بيع العبد الجاني خطأ.

و المراد بالقواعد هي:

قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ .

و قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و قوله تعالى: تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ .

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الناس مسلطون على أموالهم

(2) و هو المجني عليه.

(3) أي لا يمنع عن البيع.

(4) كما ذكرنا عدم البطلان في بيع الفضولي بأقسامه في الجزء 8 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة من ص 151 - إلى ص 350.

(5) كما فيما نحن فيه: و هو تعلق حق المجني عليه على العبد الجاني خطأ.

(6) كما في نقل الشيخ عنه هنا في ص 58 بقوله: إلا أن المحكي عن الخلاف و السرائر أنه لا يجوز بيعه.

(7) كبيع العبد الجاني خطأ.

ص: 59

كما يؤمى إليه استدلال الحلبي (1) على بطلان البيع قبل التزامه وضمائه: بأنه قد تعلق برقبة العبد الجاني، فلا يجوز إبطاله.

و مرجع هذا المذهب إلى أنه لا واسطة بين لزوم البيع و بطلانه.

فاذا صح البيع ابطال حق الغير.

وقد تقدم غير مرة أنه لا مانع من وقوع البيع مراعا باجازة ذي الحق، أو سقوط حقه (2).

اذا باع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الدية، أو أقل الامرين على الخلاف وقع مراعا.

فإن فداه المولى، أو رضي المجني عليه بضمائه (3) فذاك.

و إلا انتزعه المجني عليه من المشتري.

و على هذا (4) فلا يكون البيع موجبا لضمآن البائع (1) حق المجني عليه.

قال في كتاب الرهن من القواعد: و لا يجبر السيد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه، بل يتسلط المجني عليه.

فإن استوعبت الجناية القيمة (5) بطل الرهن، و إلا (6) ففي

+++++

(1) و هو صاحب السرائر عند نقل الشيخ عنه في ص 58 بقوله: إلا إذا افداه المولى، أو التزم بالفداء.

(2) كما إذا أبرأ ذو الحق حقه.

(3) أي بضمآن المولى جناية عبده.

(4) أي و على ما قلناه: من أن المولى لو فدّى جناية عبده، أو رضي المجني عليه بضمآن المولى.

(5) أي قيمة العبد بطل رهن المولى العبد.

(6) أي و إن لم تستوعب الجناية قيمة العبد ففي المقابل:

من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غيرها.

ص: 60

المقابل، انتهى (1).

لكن ظاهر العلامة في غير هذا المقام، وغيره (2) هو أن البيع بنفسه التزام بالفداء.

ولعل وجهه (3) أنه يجب على المولى، حيث تعلق بالعبد وهو مال من أمواله وفي يده حق يتخير المولى في نقله عنه إلى ذمته: بأن يوفي حق المجني عليه.

إما من العين، أو من ذمته، فيجب عليه إما تخلص العبد من المشتري بفسخ أو غيره، وإما أن يفديه من ماله.

فاذا امتنع المشتري من ردّه والمفروض عدم سلطنة البائع على اخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد وجب عليه دفع الفداء.

ويرد عليه (4) أن فداء العبد غير لازم قبل البيع، وبيعه ليس اتلافا له حتى يتعين عليه الفداء، وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضي إلا رفع يده، لا رفع يد الغير.

بل هذا أولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذي تقدم في آخر المسألة (5) الخدشة في وجوب الفك على الراهن بعد بيعه، لتعلق

+++++

- فلو كانت دية الجاني تقابل نصف قيمة العبد فالرهن يكون صحيحا بالنسبة إليه، وهكذا

(1) أي ما افاده العلامة في كتاب الرهن من القواعد.

(2) أي وغير العلامة من الفقهاء.

(3) أي وجه هذا الالتزام الذي افاده العلامة.

(4) أي على ما افاده العلامة في هذا المقام.

(5) أي في مسألة بيع العبد المرهون في ص 47 بقوله: وأما دفع.

ص: 61

الدين هناك (1) بالذمة، و تعلق الحق هنا (2) بالعين، فتأمل (3).

ثم إن المصرح به في التذكرة، و المحكي عن غيرها أن للمشتري فك العبد، و حكم رجوعه (4) إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

+++++

(1) أي في مسألة بيع العبد المرهون.

(2) أي في بيع العبد الجاني خطأ فلا بد في الاستيفاء من نفس العين.

(3) لعل وجه التأمل اشارة إلى أن الدين وإن كان متعلقا بالذمة في مسألة العبد المرهون، إلا أن استحقاق حق الدين متعلق بالعين المرهونة فللمرتهن الاستيفاء منها.

إذا لا فرق بين هذه المسألة، و بين تلك المسألة في تعلق الحق بالعين

(4) أي حكم رجوع المشتري إلى البائع حكم قضاء الدين عن العبد فكما أن الدين إذا كان باذن من المولى فللدائن حق الرجوع إلى المولى.

بخلاف ما إذا كان بغير اذنه فليس للدائن حق الرجوع على المولى.

كذلك المشتري هنا فإنه إذا كان عالما بتعلق الحق بذمة العبد فاقدم على الشراء فليس له حق الرجوع على البائع.

و أما إذا لم يكن عالما بذلك فله الرجوع على البائع.

ص: 62

إشارة

(مسألة):

الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، فإن الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة (1) كما في جامع المقاصد.

وفي التذكرة أنه اجماع.

وفي المبسوط (1) الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء، ولا الطير في الهواء.

وعن الغنية أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء، و الطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف.

و استدل في التذكرة على ذلك (2) بأنه نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر وهذا (3) غرر.

+++++

(1) أي لا- بنحو الايجاب الكلي، بل بنحو الايجاب الجزئي لأنه في صورة ضمان البائع المبيع، وعلم المشتري بذلك فلا اعتبار بوجوب القدرة على تسليم المبيع.

(2) أي على وجوب القدرة على تسليم المبيع:

(3) أي عدم القدرة على تسليم المبيع من المبيع الغررى فيشملة الحديث النبوى المشهور.

ص: 63

و النهي (1) هنا يوجب الفساد اجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من الايضاح و اشتهاار (2) الخبر بين الخاصة و العامة يجبر ارساله.

أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و اهل اللغة، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع أن معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادق عليه (3).

+++++

- راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 - ص 29 و أما الحديث النبوي الوارد في نفي الغرر فراجع.

(وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 330 الباب 40 - الحديث 3.

(1) هذا كلام شيخنا الانصارى اى النهي عن البيع إذا لم يكن البائع قادرا على تسليم المبيع يدل على الحكم الوضعي و هو الفساد باجماع من الطائفة.

(2) هذا دفع وهم.

حاصل الوهم أن الخبر النبوي المشار إليه في ص 63.

الوارد في الغرر من المراسيل و الخبر إذا كان مرسلا لا يعمل به فيكون ساقطا عن درجة الاعتبار.

فاجاب قدس سره أن اشتهاار هذا الحديث بين الشيعة و السنة يكون جابرا لارسال الحديث.

(3) اى على البيع الذي فقد فيه شرط العوضين: و هو القدرة على تسليم كل واحد من المتبايعين كل واحد من العوضين إلى صاحبه، لأن البائع إذا لم يكن قادرا على التسليم و باعه كذلك و المشتري جاهل بعدم قدرة البائع على التسليم يكون مغرورا لصدق الغرر عليه حينئذ، لشمول الحديث النبوي المذكور: -

ص: 64

والمروي (1) عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنه (2) عمل ما لا يؤمن معه الضرر (3).

+++++

- (لا تبع ما ليس عندك) لهذا الغرر، فيكون البيع باطلا وفسادا.

(1) بالنصب عطفًا على اسم إن في قوله: مع أن معنى الغرر هذا دليل آخر على أن بيع ما لا يمكن تسليمه بيع غرري، أي و مع أن المروي عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام في تفسير الغرر:

أنه عدم الاطمئنان و الامان من الضرر في قوله عليه السلام:

إنه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، فيشمل العقد الذي لا يكون العاقد قادرا على تسليم المعقود عليه إلى صاحبه، أن كل واحد من المتبايعين لا يحصل له الاطمئنان و الوثوق على مثل هذا العقد فيكون العقد عقدا غرريا يشمل الحديث النبوي المذكور.

(2) أي الغرر كما عرفت في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(3) لم نعثر على مصدر لهذا الحديث الشريف في كتب الأحاديث المروية عن طرقنا.

ولعل القارئ النبيل يعثر على مصدره و يرشدنا إلى ذلك حتى ندرجه في الجزء الثالث عشر مع الشكر الجزيل المتواصل.

ثم إن الحديث المذكور في الجواهر هكذا.

إنه عمل ما لا يؤمن معه من الغرر.

راجع (جواهر الكلام) الطبعة الحديثة الجزء 22 ص 387.

و هنا مروي كما اثبتناه.

وفي المصابيح مروي هكذا:

إنه عمل ما لا يؤمن معه من الغرور.

ولنا خدش مع هؤلاء الأعلام قدس الله أسرارهم. -

ص: 65

وفي الصحاح الغرة الغفلة، والغار الغافل، و اغره أي اتاه على غرة منه، و اغتر بالشيء أي خدع به، والغرر الخطر.

ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (1): وهو مثل بيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

إلى أن قال (2): والتغريير حمل النفس على الغرر، انتهى (3).

وعن القاموس ما ملخصه: غره غرا و غرورا، و غرة بالكسر فو مغرور و غرير كامير خدعه و اطمعه بالباطل.

إلى أن قال (4): غرر نفسه تغريرا و تغرة كتحلّة أي عرضها للهلكة. و الاسم الغرر محرّكة.

+++++

- و هو أنه كيف يصح تفسير الغرر بنفسه ؟

فيقال في تعريفه: إنه عمل ما لا يؤمن معه من الغرر كما افاده الشيخ صاحب الجواهر.

أو من الغرور كما افاده السيد بحر العلوم في مصابيحته التي هي المصدر للجواهر و المكاسب، وإن لم يصرح الشيخ صاحب الجواهر و شيخنا الانصاري بالمصدر.

فالصحيح على فرض وجود مصدر للحديث ما اثبته شيخنا الانصاري و نحن اثبتناه هنا.

(1) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 330 الباب 40 الحديث 3.

(2) أي صاحب الصحاح.

(3) أي ما افاده صاحب الصحاح في هذا المقام.

(4) اي صاحب القاموس.

إلى أن قال (1): والغار الغافل، واغتر غفل، والاسم الغرة بالكسر، انتهى (2).

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة: أنه نهى عن بيع الغرر: وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري: وباطن مجهول.

وقال الازهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة، ولا ثقة.

وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول.

وقد تكرر (3) في الحديث، ومنه (4) حديث مطرف:

إن لي نفسا واحدة، وإني لا أكره أن أغرر بها أي احملها على غير ثقة (5)، وبه (6) سمّي الشيطان غرورا، لأنه يحمل الانسان على محابّة، و وراء ذلك ما يسوءه، انتهى.

وقد حكي أيضا عن الاساس والمصباح، والمغرب والجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له في الثلاثة الاخيرة (7) ببيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

وفي التذكرة: أن اهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين (8).

+++++

(1) أي صاحب القاموس.

(2) أي ما افاده الفيروزآبادي في القاموس في هذا المقام.

(3) أي بيع الغرر قد تكرر في الحديث، هذا كلام الازهري.

(4) أي ومن حديث الغرر الذي كثر ذكره في الحديث.

(5) خلاصة المعنى المستفاد من حديث مطرف أنه يقول:

إني لا أكره أن احمل نفسي على امر لا اثق بسلامتها فيه.

(6) أي وبحمل النفس على امر لا يوثق بسلامتها فيه.

(7) وهي: (الجمل - والمغرب - ومجمع البحرين).

(8) وهما: بيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

و مراده (1) من التفسير التوضيح بالمثال.

+++++

(1) أى و مراد العلامة من التفسير في قوله: إن اهل اللغة فسروا هذا دفع وهم.

و خلاصة الوهم أن بين تفسير صاحب النهاية الغرر بقوله:

هو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري، و باطن مجهول.

و بين نقل العلامة في التذكرة عن اهل اللغة:

انهم فسروا بيع الغرر بمثالين و هما:

بيع السمك في الماء، و الطير في الهواء:

تنافيا، إذ ظاهر تفسير صاحب النهاية الغرر هو أن البائع يبيع شيئا له ظاهر يغرّ المشتري، و باطن مجهول.

و تفسير اهل اللغة البيع الغررى بالمثالين يرى عدم اغترار المشتري بشراء السمك في الماء، و الطير في الهواء، لأنه ليس فيهما شيء مخفي يغرّ به، لعلمه بوجود السمك في الماء، و الطير في الهواء فليس لهما ظاهر و باطن.

و هذا معنى التنافي بين التفسيرين.

فاجاب الشيخ قدس سره عن عدم المنافاة: بأن الاتيان بالمثالين إنما هو لاجل توضيح معنى الغرر لا غير، لا لاجل الاختلاف الواقع بين اهل اللغة، و صاحب النهاية في معنى الغرر.

و يمكن أن يقال في عدم المنافاة: إن نفس إقدام البائع على بيع السمك في الماء، و الطير في الهواء له ظاهر يغرّ المشتري به في أن البائع قادر على تسليم السمك و الطير له فيقدم على الشراء.

إذا يتحد التفسيران.

ص: 68

وليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير (1) كما يظهر بالتأمل.

و بالجمله (2) فالكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر سواء تعلق الجهل باصل وجوده أم بحصوله في يد من انتقل إليه أم بصفاته كما وكيفا.

وربما يقال (3): إن المنساق من الغرر المنهي عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا (4) مطلق الخطر

+++++

(1) و هو تفسير اهل اللغة الغرر بالمثاليين كما ذكرهما العلامة عنهم في التذكرة.

(2) من هنا يروم الشيخ الجمع بين التفاسير الواردة حول الغرر من اهل اللغة عند نقل الشيخ عنهم.

أى و خلاصة الكلام في هذا المقام أن جميع اللغويين عند ما فسروا الغرر قد اخذوا الجهل في مفهومه بحيث جعلوه من مقوماته، سواء تعلق الجهل باصل وجود الشيء كما في بيع الكلي من حيث تحقق مصداقه، أم تعلق بحصول الشيء في يده كما في بيع العبد الآبق، أم تعلق بصفات الشيء من حيث الكم و الكيف.

فالجهل هو القدر الجامع بين التفاسير الواردة في الغرر.

(3) القائل هو الشيخ صاحب الجواهر.

و خلاصة ما افاده في هذا المقام هو توضيح دائرة معنى الغرر و تقييده بالخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الحاصل من عدم امكان تسلم المشتري المبيع، أو امكانه ذلك الناشئ هذا الإمكان، أو عدمه من عدم قدرة البائع على التسليم لأن التسليم و التسلم خارجان عن مفهوم الخطر.

(4) عرفت معنى هذا في الهامش 3 عند قولنا: لا مطلق الخطر.

الشامل لتسليمه، وعدمه.

ضرورة (1) حصوله في بيع كل غائب، خصوصا إذا كان في بحر ونحوه بل هو (2) أوضح شيء في بيع الثمار والزرع، ونحوهما.

والحاصل أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في بيع مجهول المال بالنسبة إلى التسلم، وعدمه، خصوصا بعد جبره (3) بالخيار لو تعذر (4).

وفيه (5) أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم

+++++

(1) تعليل من الشيخ صاحب الجواهر لأن المراد من الغرر هو الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر.

و خلاصته أن الخطر في بيع الغائب حاصل، مع أن بيع الغائب جائز، ولا سيما إذا كان المبيع الغائب في بحر، أو برّ يخشى عليه التلف.

وكذا الخطر في بيع الأثمار في السنة القادمة حاصل، مع أن بيع الأثمار الحاصلة من بستان خاص في العام القادم جائز.

بل الخطر المتوقع في بيع الأثمار والزرع أوضح شيء فلو كان مطلق الخطر ملاكا في عدم جواز البيع لما صح بيع ما ذكر.

(2) أي الخطر كما عرفت عند قولنا: بل الخطر المتوقع.

(3) أي بعد جبر بيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم وعدمه بالخيار عند تعذر التسلم.

(4) راجع (جواهر الكلام) الطبعة الجديدة الجزء 22 ص 388.

(5) أي وفيما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام نظر.

من هنا اخذ الشيخ في رد مقالة الشيخ صاحب الجواهر.

و خلاصة ما افاده أن الخطر الحاصل من المبيع الذي في يد -

ص: 70

من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم (1) بالمثالين المذكورين.

و احتمال ارادتهم (2) ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع، لا الجهل بحصوله في يده.

يدفعه (3) ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز

+++++

- المشتري أعظم من الخطر الحاصل من الجهل بصفات المبيع مع العلم بحصول المبيع، فعليه فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة: بأن يقال:

إن المنساق من الغرر هو الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره.

(1) أى بعد تمثيل اهل اللغة بالمثالين المذكورين و هما: بيع السمك في الماء، و الطير في الهواء كما افاد الشيخ هذا المعنى بقوله في ص 64:

حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء، و الطير في الهواء.

(2) أى إرادة اللغويين.

دفع وهم، يقصد من هذا الوهم تقوية ما افاده صاحب الجواهر في تقييده الغرر بالخطر المخصوص: لا بمطلق الخطر كما عرفت عند نقل الشيخ عنه في ص 69 بقوله: وربما يقال.

حاصل الوهم أنه من المحتمل أن يكون غرض اللغويين من ذكرهم المثالين لاجل الجهل بصفات المبيع، لا لاجل الجهل حصول المبيع في يد المشتري فحينئذ يصح تقييد الغرر بما ذكر.

(3) هذا جواب عن الوهم المذكور.

و خلاصته أنه قد اشتهاار أن التمثيل بالمثالين في كلمات الفقهاء انما هو لاجل العجز عن تسليم المبيع إلى المشتري، لا لاجل الجهل بالصفات، و هذا الاشتهار كاف في مقام الدفع عن الوهم المذكور.

ص: 71

عن التسليم، لا لجهالة بالصفات، هذا (1).

الاستدلال الفريقين بالنبوي المذكور على شرطية القدرة

إشارة

مضافا (2) إلى استدلال الفريقين: من العامة والخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر (3) من الانتصار(1) حيث قال فيما حكي عنه.

و مما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الأبق مع الضميمة و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري.

و خالف باقي الفقهاء (4) في ذلك، و ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الأبق على كل حال (5).

+++++

(1) أي خذ ما تلوناه عليك: من الأدلة حول اشتراط القدرة على تسليم المبيع للمشتري.

(2) أي و لنا بالإضافة إلى ما ذكرناه لك: من الأدلة على اشتراط القدرة في تسليم العوضين دليل آخر على ذلك:

و هو استدلال جميع الفقهاء في جميع الأعصار: من (السنة و الشيعة) بالحديث النبوي المشار إليه في ص 63 بقوله: و استدل في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

و استدلال كافة الفقهاء بالحديث المذكور دليل على اشتراط القدرة على التسليم.

(3) أي استدلال الفريقين بالحديث المذكور على اشتراط القدرة على تسليم المبيع يظهر من كتاب الانتصار.

و الانتصار (مؤلف شريف، و مصنف عظيم (للسيد المرتضى) قدس سره.

يأتي شرحه و شرح مؤلفه في (أعلام المكاسب).

(4) المقصود منهم فقهاء (اخواننا السنة).

(5) أي سواء أ كان البيع منضمًا مع شيء آخر يمكن بذل المال -

ص: 72

إلى أن قال: ويعول مخالفتنا في منع بيعه على أنه بيع غرر و أن نبينا صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الغرر.

إلى أن قال (1): وهذا ليس بصحيح، لأن هذا البيع (2) يخرج من أن يكون غررا، لانضمام (3) غيره إليه، انتهى (4).

وهو (5) صريح في استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم.

فالظاهر اتفاق أصحابنا أيضا على الاستدلال به (6) كما يظهر للمتتبع.

و سيجيء في عبارة الشهيد التصريح به (7).

+++++

- ازائه أم مجردا عن ذلك.

(1) أى السيد المرتضى قال: إن عدم القدرة على تسليم المبيع يباعا غرريا ليس بصحيح، فالاستدلال بالنبوى المذكور لا يكون صحيحا.

(2) وهو كونه منضمًا مع شيء آخر يمكن بذل المال بإزائه يخرج المبيع عن كونه يباعا غرريا.

(3) تعليل لخروج البيع المنضم إليه شيء آخر عن البيع الغررى.

و خلاصته: أن نفس الانضمام إلى مثل هذا البيع يخرج البيع عن البيع الغررى فلا يبقى مفهوم للغرر فالمال قد بذل ازاء شيء له مالية، و المشتري قادر على تسلمه.

(4) أى ما افاده (السيد المرتضى علم الهدى) قدس سره في كتابه الانتصار حول القدرة على التسليم.

(5) أى ما افاده (السيد المرتضى): من أن الشيعة و السنة مستدلين بالحديث النبوى المشهور على اشتراط القدرة على تسليم المبيع.

(6) أى بالاستدلال بالحديث النبوى المذكور.

(7) أى باتفاق أصحابنا الامامية على اشتراط القدرة على تسليم المبيع.

و كيف كان (1) فالدعوى المذكورة (2) مما لا يساعدها اللغة ولا العرف، ولا كلمات اهل الشرع.

كلام الشهيد في القواعد في تفسير الغرر

و ما أبعد ما بينه (3)، و بين ما عن قواعد(1) الشهيد رحمه الله حيث قال:

الغرر لغة ما كان له ظاهر محبوب، و باطن مكروه (4) قاله (5) بعضهم.

و منه (6) قوله تعالى: متاع الغرور.

+++++

(1) يعني أى شيء قلنا في معنى الغرر.

(2) وهي التي افادها صاحب الجواهر: من اختصاص معنى الغرر بصورة الجهل بصفات المبيع.

لا مطلق الجهل الشامل لتسليمه و عدمه عند نقل الشيخ عنه في ص 69 بقوله: وربما يقال: إن المنساق.

(3) أى بين تفسير صاحب الجواهر الغرر، و بين تفسير الشهيد الغرر في قواعد القواعد الخامسة و المائتين كما نقل الشيخ عن الشهيد هنا بون بعيد كما تقف على تفسيره له.

من هنا يروم الشيخ أن يؤيد ما اورده على صاحب الجواهر بقوله في هذه الصفحة: و كيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعد عليها اللغة ولا العرف، ولا كلمات اهل الشرع فاخذ في نقل كلام الشهيد حرفيا.

(4) هذا تفسير الشهيد الغرر لغة و هو مخالف لتفسير صاحب الجواهر الغرر كما وقفت عند تفسيره.

(5) هذا كلام الشهيد الاول أى قال هذا المعنى اللغوى للفظ الغرر بعض اهل اللغة.

(6) أى و من هذا المعنى اللغوى للغرر قوله عزّ من قائل:

متاع الغرور، حيث إن حطام الدنيا وزخرفتها لها ظاهر محبوب -

ص: 74

وشرعا (1) هو جهل الحصول باليد و التصرف (2).

و أما المجهول المعلوم الحصول (3)، أو مجهول الصفة (4) فليس غررا، و بينهما (5) عموم و خصوص من وجه، لوجود (6) الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل (7)

+++++

- و باطن مكروه تغر الانسان فيقبل عليها، لكنها لا تدوم له كما قال أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام:

لا تدوم أحوالها، و لا تسلم نزالها.

(نهج البلاغة) الجزء 2 ص 246 رقم الخطبة 221 شرح محمد عبده. تحقيق محمد محي الدين.

(1) أي و قال الشهيد في قواعده: الغرر شرعا.

(2) كما في العبد الآبق، أو الطير في الهواء، أو السمك في الماء فإن البائع غير قادر على تسليم المبيع للمشتري فيكون المشتري جاهلا بحصوله في يده، و لم يكن قادرا على تصرفه، فهذا المبيع يكون غرريا شرعا.

(3) كما في العبد الآبق الذي يكون حصوله معلوما في يد المشتري لكنه مجهول من حيث المكان، فهذا المبيع لا يكون غرريا شرعا.

(4) كما في العبد لا يعلم أنه كاتب، أو ليس بكاتب.

أو لا يعلم أنه خياط، أو ليس بخياط، فهذا المبيع لا يكون غرريا شرعا.

(5) أي بين الغرر و الجهل من النسب الرابع.

(6) هذه مادة الافتراق من جانب الجهل: بأن يكون الغرر موجودا، و الجهل مفقودا كما في المثال المذكور.

(7) أي قبل بيع العبد كانت الصفة الموجودة في العبد -

ص: 75

ووجود (2) الجهل بدون الغرر في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر (3).

وقد يتوغل (4) في الجهالة كحجر لا يدري أذهب أم فضة أم نحاس أو صخر؟

و يوجدان (5) في العبد الآبق المجهول الصفة.

ويتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود.

و اخرى بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، و الطير في الهواء.

+++++

- كالكتابة معلومة للمشتري.

(1) أى صارت الصفة في العبد معلومة في آن البيع و الشراء.

(2) هذه مادة الافتراق من جانب الغرر: بأن يكون الجهل موجودا و الغرر مفقودا كما في المثال المذكور.

(3) أى إذا لم يكن المبيع الذي هو المكيل، أو الموزون، أو المعدود موزونا، أو مكيلا، أو معدودا، بأن لا يعرف مقداره من حيث الوزن و

الكيل و العد بالضبط و التحقيق، بل يعرف اجمالا فهذا بيع غرري شرعا. (2)

(4) أى المبيع قد يتمحض في الجهالة.

الفرق بين هذا المبيع، و المبيع في المثال المذكور في الهامش 3 من هذه الصفحة أنه في الهامش 3 يكون معلوما بالاجمال كما عرفت

عند قولنا: بأن لا يعرف مقداره، و هنا لا يكون معلوما اصلا.

(5) هذه مادة اجتماع الغرر و الجهل.

ص: 76

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و بالجنس (1) كحب لا يدري ما هو (2)، و سلعة (3) من سلع مختلفة.

و بالنوع (4) كعبد من عبيد، و بالقدر (5) ككيل لا يعرف قدره.

و البيع (6) إلى مبلغ السهم.

و بالعين (1) (7) كثوب من ثوبين مختلفين.

+++++

(1) أى و يتعلق الغرر و الجهل مرةً ثالثة بالجنس.

(2) أى لا يدري أن جنس الحبّ بحسب النوع من أي أنواع الحبوب.

(3) بالجر عطفًا على مجرور (الكاف الجارة) في قوله: كحب هذا مثال آخر أيضا لتعلق الغرر و الجهل بالجنس أى و كسلعة من سلع لا يدري من أي نوع السلع هي؟

(4) أى و يتعلق الغرر و الجهل مرة رابعة بالنوع كالمثال المذكور فإن العبيد الموجودين عند البائع مختلفون لا يدري أن العبد المبيع من أي نوع من العبيد؟

(5) أى و يتعلق الغرر و الجهل مرة خامسة بالقدر كالمثال المذكور، فإن البيع بالكيل الذي لا يعرف مقداره بيع غرري مجهول.

(6) بالجر عطفًا على مجرور (الكاف الجارة) في قوله ككيل فهو مثال ثان للمبيع المجهول الغرري الذي لا يعرف مقداره أى و كالبيع ازاء وصول السهم، حيث لا يعرف مقدار وصوله.

(7) بالجر عطفًا على مجرور (الكاف الجارة) في قوله: ككيل فهو مثال ثالث للمبيع المجهول الغرري الذي لا يعرف مقداره أى و كبيع ثوب من ثوبين مختلفين من حيث القيمة، فإنه لو بيع ثوب من ثوبين لا يعرف مقدار ثمنه بالتعيين يكون البيع بيعا غرريا مجهولا فهو كبيع شيء نقدا بسعر، و نسيئة بسعر آخر، فإن المشتري لو -

ص: 77

والبقاء (1) كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب.

ولو شرط في العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل (2) كما لو شرط في العقد صيرورة الزرع سنبلًا.

و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهرا في العوضين (3).

و هو ممتنع اجماعا.

و قد يكون (4) مما يتسامح به عادة، لقلته كاس الجدار

+++++

- قال: قبلت فلا يدري وقوع القبول على أيهما كان.

هل على النقد أو على النسيئة؟

فكما أن هذا النوع من البيع باطل، كذلك هذا النوع من البيع باطل أيضا.

(1) أي و يتعلق الغرر و الجهل مرة سادسة بالبقاء أي من حيث مقدار مدة بقاء المبيع كما في المثال المذكور، فإن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح لا تعرف مدة بقائها على الشجرة حتى تقطف.

(2) لأن هذا الشرط موجب للجهل بحصول المبيع من حيث مقدار الزمن الذي يبدو فيه صلاح الثمرة فيكون غررا.

و أما لو لم يشترط ذلك في متن العقد فلا يكون البيع غررا عند الكل، بل عند بعض الأصحاب، لأن المبيع مجهول من حيث مقدار بقاء الثمرة على الشجرة كما عرفت في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(3) أي في ماليتهما: بحيث لا يتسامح العرف بهذا المقدار من الشيء الذي له مدخل في مالية العوضين، فالبيع هكذا يكون باطلا اجماعا لأنه بيع غرري.

(4) أي وقد يكون الغرر بشيء لا مدخلية له في مالية العوضين و هو مما يتسامح العرف به عادة، لكونه قليلا لا يعبا به كما -

وقطن (1) الجبة.

و هو (2) معفو عنه اجماعا، ونحوه اشتراط الحمل (3).

وقد يكون (4)

+++++

- في المثال المذكور في المتن، فإن اساس الجدار الداخل في الارض الذي يبني بالحجارة إذا بني بأقل مما هو المتعارف عند البنائين:

بحجارة، أو حجاريتين، أو ثلاثة يتسامح به فلا تكون هذه القلة موجبة للبطلان، لعدم صدق الغرر على هذا البيع.

(1) مثال ثان للشيء الذي لا مدخلية له في مالية العوضين لتسامح العرف به عادة، فإن الجبة إذا بيعت و كان قطنها قليلا و مما يتسامح العرف به عادة لا يكون البيع غرريا.

و المراد من قطن الجبة هو القطن الذي يضعه الخياط في صدر الجبة لاستقامتها.

(2) أي هذا المقدار من التسامح العرفي الذي منشأه القلة معفو في البيع اجماعا من الطائفة.

(3) هذا مثال ثالث للشيء الذي لا مدخلية له في مالية العوضين و هو مما يتسامح العرف به عادة، لقلته التي لا يعبأ بها، فإن الحمل إذا وضع و كان ذكرا و المشتري يريد الأنثى، أو انثى و هو يريد الذكر مما يتسامح به العرف و لا يعتني به، فلا يكون البيع غرريا.

(4) أي وقد يكون الغرر مرددا بين ماله دخل في مالية العوضين و هو مما لا يتسامح العرف به.

و بين ما ليس له دخل في ماليتهما و هو مما يتسامح العرف به.

و مثل هذا الغرر المردد هو محل الاختلاف بين الفقهاء في كونه مبطلا للعقد، أو لا.

ص: 79

مرددا بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف (1) في مال الاجارة، و المضاربة (2)

+++++

- وقد ذكر الشيخ عن الشهيد عن قواعده موارد أربعة لمثل هذا الغرر، ونحن نذكرها تحت رقمها الخاص.

(1) هذا هو المورد الاول من تلك الموارد، أى مثل الجزاف الذي هو بمعنى عدم المعلوماتية مال الاجارة فإنه قد اختلف الفقهاء في اشتراط معلوماتية مال الاجارة، و عدم الاشتراط فيها.

ذهب الاكثر إلى الاشتراط.

و ذهب السيد و الشيخ قدس سرهما في المبسوط(1) إلى عدم الاشتراط وأنه تكفي المشاهدة.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 4 ص 333 أليك نص عبارتها:

و الأقرب أنه لا تكفي المشاهدة في الاجرة عن اعتبارها.

(2) بالجر عطفًا على مجرور (في الجارة) في قوله في مال الاجارة، أى كالجزاف في مال المضاربة.

هذا هو المورد الثاني من الموارد الاربعة.

اختلف الفقهاء في راس مال المضاربة.

ذهب الاكثر إلى أنه لا بد من العلم بمقداره.

و ذهب بعض إلى كفاية المشاهدة فيه.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 4 ص 320 321 أليك نص عبارة الشهيد.

(و ينبغي أن يكون راس المال معلوما عند العقد)، ليرتفع الجهالة عنه، و لا يكتفى بمشاهدته.

وقيل: تكفي المشاهدة، و هو ظاهر اختيارها هنا.

ص: 80

و الثمرة (1) قبل بدو الصلاح، و الآبق (2) قبل الضميمة، انتهى (3).

+++++

(1) بالجر عطفًا على مجرور (في الجارة) في قوله: في مال الاجارة أي كالجزاف في الثمرة.

هذا هو المورد الثالث من تلك الموارد الاربعة.

اختلف الفقهاء في جواز بيع الثمرة قبل بدو الصلاح فيها

ذهب الأكثر إلى عدم الجواز، و ذهب بعض إلى الجواز.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 355.

أليك نص العبارة.

و في جوازه قبله بعد الظهور خلاف أقربه الكراهة.

(2) بالجر عطفًا على مجرور (في الجارة) في قوله: في مال الاجارة أي كالجزاف في بيع العبد الآبق قبل ضم شيء معه.

هذا هو المورد الرابع من الموارد الاربعة.

اختلف الفقهاء في أن المشتري إذا كان قادرًا على تحصيل العبد الآبق هل يشترط بيعه إلى ضم ضميمة أو لا؟

ذهب الأكثر إلى الاشتراط.

و ذهب الشيخ و من تبعه إلى عدم الاشتراط.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 250 أليك نص العبارة (و لو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع (فالأقرب

عدم اشتراط الضميمة).

(3) أي ما افاده الشهيد الاول في قواعده في معنى الغرر لغة و عرفًا و شرعًا، و أن ما افاده خلاف لما افاده صاحب الجواهر في معنى الغرر.

ص: 81

إشارة

وفي بعض كلامه (1) تأمل، ككلامه (2) الآخر في شرح الارشاد حيث ذكره (3) في مسألة تعيّن الأثمان بالتعيين الشخصي عندنا.

+++++

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم به الايراد على ما افاده الشهيد أي وفي بعض كلام الشهيد الاول تأمل.

و المراد من (في بعض كلامه) هو اختصاص الشهيد الغرر بصورة الجهل بالحصول باليد و التصرف في قوله في ص 75:

و شرعا هو جهل الحصول باليد و التصرف.

فمن جملة ما اورده شيخنا الانصاري على الشهيد الاول هو أن الجهل أعم منه، و من الجهل بالصفات: من حيث الكم و الكيف.

و من جملة ما اورده عليه أنه ادّعى ثبوت الحقيقة الشرعية في الغرر في قوله في ص 75: و شرعا هو جهل الحصول، مع أن الغرر باق على معناه اللغوي، بل ادعي اتفاق الفقهاء على بقاءه على معناه اللغوي في جميع العقود و المعاملات.

و من جملة ما اورده عليه أن في كلامه تهافتا، إذ في صدر كلامه خص الغرر بالجهل بالحصول.

و في أوساط كلامه عمّم الجهل بالصفات بقوله في ص 76:

و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود، لأن الجهل بالجنس و النوع و المقدار و البقاء، و كل ما له دخل في مالية العوضين من قبيل الجهل بالصفات.

كما علمت شرح كل ذلك في الهامش 1-2-3-4-5-6-7 ص 77: و الهامش 1 ص 78 كما أن الجهل باساس الجدار، و قطن الجبة، و اشتراط الحمل جهل بالصفات أيضا.

(2) أي و كالتأمل في الكلام الآخر للشهيد في شرحه على الارشاد.

(3) أي حيث ذكر الشهيد كلامه الآخر في شرحه على الارشاد -

فقال: قالوا: يعني المخالفين من العامة:

تعيينها (1) غرر فيكون (2) منها عنه.

(أما الصغرى) (3) فلجواز عدمها، أو ظهورها مستحقة فيفسخ البيع.

(و أما الكبرى) (4)

+++++

- في مسألة تعيين الأثمان.

(1) أي تعيين الأثمان موجب للغرر.

(2) الفاء فاء النتيجة.

و خلاصتها أن (علماء اخواننا السنة) يريدون هنا تشكيل قياس منطقي من الشكل الاول هكذا:

(الصغرى): تعيين الأثمان من الغرر.

(الكبرى): و كل غرر منهي عنه شرعا.

(النتيجة): فتعيين الأثمان منهي عنه شرعا.

(3) هذا احتجاج (علماء اخواننا السنة) على عدم لزوم تعيين الأثمان بالتعيين.

و المراد من الصغرى ما اشرنا إليه في الهامش 2 من هذه الصفحة أي إنما نقول: إن تعيين الأثمان غرر فلا مكان عدم وجودهما بعد البيع:

بأن سرق الثمن، أو فقد، أو ظهر مستحقا للغير.

فيلزم في هذه الموارد فسخ البيع.

(4) وهي التي اشرنا إليها في الهامش 2 من هذه الصفحة أي وإنما نقول:

إن الغرر منهي عنه فلا مكان ظهور الأثمان مستحقة للغير، إذ بعد ثبوت الغرر لا محالة يشمله النهي فيكون منها عنه.

فظاهرة، إلى أن قال (1).

(قلنا) إنا: نمنع الصغرى، لأن الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه ويخ عليه.

وما ذكره (2) لا يخطر ببال، فضلا عن اللوم عليه، انتهى (3).

المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد

فإن مقتضاه (4)

+++++

(1) أي الشهيد في شرحه على الإرشاد.

من هنا يروم شيخنا الشهيد الإشكال على القياس المنطقي الذي أفاده (علماء اخواننا السنة) و الذي رتبناه نحن في الهامش 2 ص 83 فاخذ في الرد على الصغرى حتى لا يبقى مجال للقياس المذكور.

(2) هذا كلام الشهيد الاول أي ما ذكره (علماء اخواننا السنة) من أن تعيين الأثمان غرر، لإمكان عدم وجودها لا ينسجم مع التفسير الذي ذكرناه للغرر، إذ لا يخطر معنى الغرر ببال احد حتى يتوجه اللوم على المرتكب.

(3) أي ما أفاده الشهيد في شرحه على الإرشاد في تعيين الأثمان بتعيينها، و الرد على ما ذكره (علماء اخواننا السنة).

(4) أي فإن مقتضى كلام الشهيد.

هذا وجه التأمل من شيخنا الانصاري على ما اورده على بعض كلام الشهيد المشار إليه في ص 82 بقوله: وفي بعض كلامه تأمل.

ولما كان وجه التأمل دقيقا جدا لا يستفاد من ظاهر كلامه يحتاج إلى شرح واف التجأنا إلى ذلك حسب فهمنا القاصر.

اعلم أن لكلام الشهيد منطوقا و مفهوما.

أما المنطوق فصريح في أن الغرر ما يكون مجتنباً عنه بحيث لو أتى به فاعله لو بّخ على فعله، و عوتب على اتيانه و يقال له:

ص: 84

أنه (1) لو اشترى الآبق، أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غرراً، لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل، رجاء للنفع الكثير.

وكذا (2) لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف: من تحقق الغرر بالجهل بالصفة.

+++++

- لما ذفعتته ؟

و هذا المنطوق هو قوله في ص 84، عند نقل الشيخ عنه لأن الغرر احتمال مجتنب عنه.

و أما المفهوم فلازمه ترتب الموارد الثلاثة التي ذكرها الشيخ.

و نحن نذكر كل واحد منها عند رقمه الخاص.

و المفهوم هو قوله في ص 84 عند نقل الشيخ عنه: فإن مقتضاه.

(1) هذا هو المورد الاول من تلك الموارد التي اشير إليها في هذه الصفحة.

و خلاصته أنه يجوز دفع ثمن قليل إزاء شراء عبد آبق، أو حيوان ضال يرجى الحصول عليهما، رجاء ربح كثير، لإقدام العقلاء بما هم عقلاء على ضرر قليل تجاه الحصول على نفع كثير.

فلازم هذا الجواز عدم وجود الغرر في مثل هذه المعاملة.

(2) هذا هو المورد الثاني من الموارد المشار إليها في هذه الصفحة.

و خلاصته أنه يجوز دفع ثمن قليل إزاء شيء مجهول مردد بين مادة نحاسية و ذهبية في مقابل قيمة النحاس.

و لازم هذا الجواز عدم وجود الغرر في مثل هذه المعاملة، مع وجوده فيها، للبناء على تحقق الغرر في معاملة مشتملة على الجهل بالصفة.

ص: 85

و كذا (1) شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإن ذلك (2) كله مرغوب فيه عند العقلاء.

بل (3) يوبخون من عدل عنه، اعتذارا (4) بكونه خطرا.

فالأولى (5) أن هذا النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات، و ليس منوطا بالنهي من العقلاء، ليخص مورده بالسفهاء، أو المتسفةة.

+++++

(1) هذا هو المورد الثالث من الموارد المشار إليها في الهامش 4 ص 85 و خلاصته أنه يجوز الإقدام على شراء مقدار مجهول من حيث الكم بثمن مقدار معين من حيث الكم.

و لازم هذا الجواز عدم وجود الغرر في مثل هذه المعاملة.

(2) تعليل لجواز الإقدام على الموارد الثلاثة أي الإقدام على الموارد المذكورة لاجل وجود رغبة العقلاء فيها للرجاء على حصول الربح لهم فيها.

(3) هذا ترق من الشيخ أي العقلاء يوبخون من لم يقدم على هذه الامور بحجة أن الإقدام عليها خطر، و لا يقبلون اعتذارهم لو اعتذروا بذلك.

(4) منصوبة على الحالية أي حالكون هؤلاء الذين لم يقدموا على هذه الامور يعتذرون بتوجه الخطر و الضرر نحوهم لو اقدموا عليها.

(5) هذه نظرية شيخنا الانصاري.

و خلاصتها أن النهي في مثل هذا المقام نهى تشريعي صدر من الشارع لسدّ باب النزاع بين المتعاقدين المحتمل وقوعه منهما في المعاملات إذا كان هناك غرر.

و ليس النهي هنا نهيا عقلايا حتى يختص بالسفهاء، أو المتسفةين.

ص: 86

ثم إنه قد حكي عن الصدوق رضوان الله عليه في معاني الأخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة (1): بكونها (2) غرراً، مع (3) أنه لا جهالة في بعضها كبيع المنابذة، بناء على ما فسر به: من أنه قول احدهما لصاحبه: انبذ إليّ الثوب، أو انبذه إليك: فقد وجب البيع.

و بيع (4) الحصاة: بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع.

+++++

(1) قد مضى شرح بيع المنابذة و الملامسة و الحصاة مفصلاً في الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة: ص 79-80.

و أما النهي الوارد فراجع (معاني الأخبار) ص 278.

و كذا راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12. ص 266 الباب 12.

الحديث 13.

(2) الباء بيان لفساد بعض المعاملات المذكورة التي هي المنابذة و الملامسة و الحصاة.

(3) هذا كلام الشيخ يروم به الاعتراض على ما افاده شيخنا الصدوق قدس سره: من أن البيع المذكور فاسد، لكونه مجهولاً فيصير غريباً.

و خلاصته: أن الجهل لا يكون في المنابذة، بناء على التفسير الثاني لمعنى المنابذة كما علمته في الجزء 6 من (المكاسب) ص 80.

بل يمكن أن يقال بعدم وجود الجهل في بيع الملامسة و الحصاة:

بأن يقال: إن الملامسة عبارة عن إنشاء البيع باللمس بالمبيع بعد تعيين الثوب مثلاً بين المتبايعين.

(4) بالجر عطفاً على مجرور (الكاف الجارة) في قوله: كبيع المنابذة أي مع أنه لا جهالة في بيع الحصاة، لأنه عبارة عن قول -

ص: 87

ولعله (1) كان على وجه خاص يكون فيه خطر، والله العالم.

التمسك بالنبوي المذكور أخفى من المدعى

و كيف كان فلا إشكال في صحة التمسك، لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور.

إلا أنه (2)

+++++

- البائع: البيع اللازم، أو الواجب هو ما وقعت عليه الحصة بعد تعيين المبيع بين المتبايعين.

(1) أي ولعل الجهل والغرر الذي افاده (شيخنا الصدوق) قدس سره في معاني الأخبار بقوله: بكونها غررا لاجل جهة خاصة وهي المعنى الثاني للنبذ، وإلقاء الحصة كأن يكون تعيين المبيع بالنبذ أو الحصة. أو اللبس، لا بتعيين قبلي: بأن يقول البائع: المنبوذ من الثياب المتعددة، أو ما وقعت عليه الحصة، أو لامسته هو المبيع.

إذا لا شك في جهالة المبيع.

(2) أي الدليل المذكور الذي هو الحديث النبوي المعروف الناهي عن بيع الغرر، لكونه خطرا أخص من المدعى الذي هو اعتبار القدرة على تسليم المبيع، لأن المدعى أعم من أن يكون في بيعه خطر أم لا، فالدليل لا ينسجم مع المدعى.

و أما وجه أخضية الدليل فلأن قسما من البيوع يمتنع تسليم المبيع إلى المشتري عادة كالعبد الغريق المشرف على الهلاك، فإن مثل هذا المبيع ليس فيه أي خطر، إذ الخطر يطلق على شيء تحتمل فيه السلامة و لو احتملا ضعيفا، فبهذا يخرج هذا الفرد عن أطار البيع الغرري، لأن بيع الغرر ما فيه خطر كما في الدليل الذي هو الحديث النبوي، وإن كان يصح عتقه في سبيل الله من قبل مالكة لو قلنا بصحة مثل هذا العتق.

ص: 88

أخص من المدعى، لأن (1) ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة، ونحوه ليس في بيعه خطر، لأن الخطر إنما يطلق في مقام تحتمل السلامة فيه و لو ضعيفا.

لكن هذا الفرد (2) يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة(1) وكون اكل الثمن في مقابله اكلا للمال بالباطل، بل لا يعدّ مالا عرفا وإن كان ملكا فيصح عتقه و يكون لمالكة لو فرض التمكن منه إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمول منه عرفا، و لذا (3) يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخرى:

إشارة

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط (4) بوجوه أخرى:

منها: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»

(منها) (5): ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من قوله:

+++++

(1) تعليل لأخصية الدليل من المدعى وقد عرفته عند قولنا في الهامش 2 ص 88: وأما وجه أخصية الدليل.

(2) وهو بيع العبد الغريق المشرف على الهلاك الذي ليس فيه أي خطر.

من هنا يروم الشيخ ادخال الغرر المذكور في أطار البيع الغرري وإن كان الدليل أخص من المدعى.

وقد ذكر كيفية دخوله في الإطار في المتن فلا نعيده.

(3) تعليل لكون سلب صفة المالية عن العبد الغريق المشرف على الهلاك لا ينافي ملكيته.

(4) وهو اعتبار القدرة على وجوب تسليم المبيع.

(5) أي من تلك الوجوه الاخر المستدل بها على اعتبار القدرة -

ص: 89

لا تبع ما ليس عندك، بناء (1) على أن كونه عنده لا يراد به الحضور (2)، لجواز (3) بيع الغائب و السلف اجماعا فهو كناية

+++++

- في وجوب التسليم عند العقد، فعند كشف الخلاف يحكم ببطلان العقد وفساده.

(1) أى الاستدلال على اعتبار القدرة في وجوب التسليم بالحديث المذكور مبني على القول بعدم إرادة الحضور من كلمة عند، لصحة بيع الغائب و السلف، إذ كلمة عند احتمالات أربعة:

(الأول): الحضور أى لا تبع ما ليس حاضرا عندك.

و هذا ليس مرادا كما عرفت في صحة بيع الغائب و السلف.

(الثاني): الملكية أى لا تبع ما ليس ملكا لك.

و هذا أيضا ليس مرادا، لأنه لو اريد لقال صلى الله عليه و آله:

لا تبع ما ليس لك.

(الثالث): السلطنة على تسليم العين إلى المشتري.

و هذا ليس مرادا قطعا، لاتفاق الفقهاء على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، مع أن البائع قادر على تسليم العين لكونها تحت يده و قدرته، و لتسلطه عليها.

(الرابع): السلطنة الفعلية الشرعية مع كون الملك تحت يده و هذه السلطنة يعبر عنها بالسلطنة التامة المطلقة.

و هذا هو المراد قطعا و هو مختار الشيخ في قوله في ص 92:

فتعين أن يكون كناية عن السلطنة.

(2) هذا هو الاحتمال الاول لكلمة عند المشار إليه في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(3) تعليل لعدم إرادة معنى الحضور من كلمة عند.

و قد عرفته عند قولنا في الهامش 1 من هذه الصفحة: لصحة بيع الغائب.

لا (1) عن مجرد الملك، لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام، ولا (3) عن مجرد السلطنة (2) عليه و القدرة على تسليمه، لمنافاته لتمسك العلماء: من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شراؤها من مالكةا، خصوصا (4) إذا كان وكيلة عنه في بيعها و لو من نفسه(1)، فإن (5) السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة، هذا (6).

مع أنه (7) مورد الرواية عند الفقهاء.

+++++

(1) هذا هو الاحتمال الثاني لكلمة عند المشار إليه في الهامش 1 ص 90.

(2) هذا هو الاحتمال الثالث لكلمة عند المشار إليه في الهامش 1 ص 90.

(3) أى لمنافاة الاحتمال الثالث.

(4) أى و لا- سيما إذا كان البائع مال الغير وكيلة عن المالك في بيع ماله عن نفس المالك، لا عن نفسه كما هنا، حيث باع مال المالك عن نفسه ثم يجيء و يشتريه من مالكة.

(5) تعليل لوجود المنافاة بين المعنى الثالث لكلمة عند، و بين تمسك العلماء: من (الشيعة و السنة) على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

(6) أى خذ ما تلوناه عليك حول المعنى الثالث لكلمة عند.

(7) هذا إشكال آخر على إرادة المعنى الثالث لكلمة عند أى بالإضافة إلى ما ذكرناه: من منافاة إرادة المعنى الثالث، مع تمسك الفقهاء على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير: أن بيع مال الغير لنفسه ثم شراؤه من مالكة هو مورد الرواية: و هو قوله صلى الله عليه و آله: لا تبع ما ليس عندك.

ص: 91

1- - راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

فتعين أن يكون (1) كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه (2) تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان نائباً.

وعلى (3) أى حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بأدلته،

+++++

(1) أى معنى عند في قوله صلى الله عليه وآله: لا تبع ما ليس عندك هذا هو الاحتمال الرابع المشار إليه في الهامش 1 ص 90.

و لا يخفى أن هذا المعنى هو محل الاستشهاد من الحديث على اعتبار القدرة على التسليم في المبيع.

و خلاصة الاستشهاد أن بيع العبد الأبق، أو الطير في الهواء، أو السمك في البحر وإن كان ملكاً لملكها، لكنها ليست تحت يده و تصرفه كأنه عنده و ليست له سلطنة تامة فعلية عليها حتى يتمكن من تسليمها إلى المشتري لو باعها.

فلو باعها فكأنما باع ما ليس عنده فيكون البيع فاسداً.

فلا يحصل معنى الاسم المصدري للعقد: و هو الأثر الحاصل من العقد المراد منه النقل و الانتقال.

(2) أى مع كون الملك تحت يده كما عرفت في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(3) كأن هذا دفع وهم.

و خلاصة الوهم أنه لو كان المراد من معنى عند هي السلطنة التامة الفعلية بحيث يكون الملك تحت يده و تصرفه حتى كأنه عنده و إن كان غائباً عنه، و لذا حكمتهم ببطلان بيع العبد الأبق و نظائره لعدم التمكن من تسليمه المشتري فلما ذا حكمتهم بصحة عقد الفضولي مع أن البائع ليست له السلطنة التامة الفعلية الشرعية؟

فاجاب عن الدفع بما حاصله: إن الحكم بصحة البيع الفضولي -

ص: 92

أو بحمله (1) على النهي المقتضي الفساد: بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك.

وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه (2) ممكن.

و أما الايراد عليه (3) بدعوى أن المراد به الاشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء غير المملوك ثم تحصيله بشراؤه و نحوه و دفعه إلى المشتري.

فمدفوع، لعدم الشاهد على اختصاصه (4) بهذا المورد.

و ليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم يمكن أن يقال: إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي، بل

+++++

- لاجل الأدلة القائمة عليها.

وقد ذكرت تلك الأدلة في الجزء 8 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة من ص 155 إلى ص 200 فراجع.

(1) أي أو بحمل النهي الوارد في حديث: لا تبع ما ليس عندك.

و خلاصة الحمل أن النهي هنا محمول على فساد المبيع لو اراد البائع الفضولي البيع لنفسه، و أن البيع لا يقع له، بل يقع للمالك الاصيل بعد الاجازة.

(2) و هو اعتبار القدرة على تسليم المبيع إلى المشتري.

(3) أي على حديث لا تبع ما ليس عندك: بأنه لا تدل على المدعى و هو اعتبار القدرة على تسليم المبيع للمشتري فلا يصح الاستدلال به.

(4) أي على اختصاص الحديث المذكور بالمورد: و هو بيع الشيء غير المملوك ثم تحصيله بشراء و نحوه، ثم دفعه إلى المشتري.

ص: 93

النبوي الاول أيضا فساد البيع: بمعنى عدم كونه (1) علة تامة لترتب الاثر المقصود.

فلا (2) ينافي وقوعه مراعا بانتفاء صفة الغرر، و تحقق (3) كونه عنده.

ولو ابيت إلا- عن ظهور النبويين (4) في الفساد: بمعنى لغوية العقد راسا المنافية لوقوعه مراعا: دار الامر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر (5).

+++++

(1) أي البيع، والمراد من الاثر المقصود هو النقل والانتقال الذي هو نتيجة البيع المعبر عنها في لسان الفقهاء ب:

(معنى الاسم المصدري، أو نتيجة المصدر).

(2) الفاء تفرع على ما افاده: من دلالة النبويين على فساد البيع:

بمعنى عدم كون مثل هذا البيع علة تامة لترتب الاثر المقصود أي ففي ضوء ما ذكرنا فلا منافاة بين عدم ترتب الاثر.

وبين وقوع البيع معلقا و متوقفا على انتفاء صفة الغرر.

بمعنى أن حديث نفي الغرر لا اقتضاء له للبطلان عند الجهل بالقدرة الذي هو القوام للغرر، بل الانشاء الاولي باق على ما كان فاذا انتفى الغرر: بأن تحققت الملكية والعندية عند المالك أثر ذلك الإنشاء اثره.

(3) بالجر عطفًا على مجرور (الباء الجارة) في قوله: بانتفاء صفة الغرر أي فلا ينافي وقوع البيع معلقا إلى أن تتحقق العندية عند المالك كما عرفت آنفا.

(4) وهما: قوله صلى الله عليه وآله: لا غرر في البيع، لا تبع ما ليس عندك.

(5) المراد من الظاهر هو فساد البيع، و من خلاف الظاهر -

وبين اخراج بيع الرهن، وبيع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجاني عمداً، وبيع المحجور لرق، أو سفه، أو فلس، فإن البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً من التسليم ولا رجحان لهذه التخصيصات (1)

+++++

- هو عدم كون البيع علة تامة لترتب الاثر المقصود.

و خلاصة هذا الكلام أنه لو كنت مصرّاً على ظهور النبويين المذكورين على فساد العقد نهائياً، وأنه لا اثر له ولو ملك البائع المبيع، و تحقق عنده: لدار الامر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر.

وبين كثرة التخصيصات: بأن يقال: إن بيع المرتهن الرهن بلا اجازة الراهن، وبيع البائع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجاني عمداً، وبيع المحجور لرق، أو سفه، أو فلس خارج عن عموم:

لا تبع ما ليس عندك، إذ البيع في الموارد المذكورة صحيح، مع أن البائع عاجز عن تسليم المبيع إلى المشتري شرعاً، لعدم تحقق الملكية و العندية للبائع.

فيلزم خروج هذه الأفراد عن عموم لا تبع ما ليس لك، ولا تبع ما ليس عندك، وهذا معنى كثرة التخصيص.

و من الواضح أن ارتكاب خلاف هذا الظاهر أولى من ارتكاب تلك التخصيصات الكثيرة، مع أنه لا رجحان لبعضها على بعض:

بأن يقال: إن التخصيص في بيع العبد الجاني عمداً أولى من التخصيص في بيع المرتهن الرهن بدون اجازة الراهن مثلاً.

(1) وجه عدم الرجحان هو أن التخصيص وإن كان أولى من بقية التصرفات كارتكاب خلاف الظاهر.

لكن تعدد التخصيص مع القول بخروج البيع الفضولي عن حريم النبوي المذكور: لا تبع ما ليس عندك مما يبعد القول بالتخصيص. -

فحينئذ (1) لا مانع من التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعا بالتمكن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

وقد صرح الشهيد في اللمعة بجواز بيع الضالة والمجحود من غير بينة مراعا بإمكان التسليم (2) «و احتمله في التذكرة».

لكن الانصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتقاقهم على فساد بيع الغرر: بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الايضاح (3).

منها: أنّ لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه،

(و منها) (4): أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين

+++++

- إذا يتساوى الاحتمالان:

احتمال التخصيص، و احتمال المجاز.

هذا بناء على القول بعدم ترجيح المجاز على التخصيص.

و أما على القول به فيحصل الاجمال المخل بالاستدلال.

(1) أي و حين أن لم نقل برجحان احد التخصيصات.

(2) راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3، ص 251.

عند قوله: أما الضال و المجحود فيصح بيعه.

(3) عند نقل الشيخ عنه في ص 64 بقوله: و النهي هنا يوجب الفساد إذا يكون الاتقاق المذكور كاشفا عن أن المراد من النبيين المذكورين

في الهامش 4 ص 94: هو فساد البيع نهائيا.

(4) أي و من تلك الوجوه الاخر المستدل بها على اشتراط القدرة على وجوب التسليم عند العقد.

هذا الاستدلال بنحو مختصر مذكور في مصابيح (السيد بحر العلوم) قدس سره، و نحن نذكره مفصلا، لتطلب المقام ذلك.

أليك الاستدلال.

ص: 96

العوضين (1) إلى صاحبه فيجب أن يكون مقدورا، لاستحالة التكليف بالمتنع.

و يضعف (2) بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا

+++++

- يقول المستدل: إن هنا ملازمة بين وقوع العقد مؤثرا في النقل و الانتقال الذين هما الحكم الوضعي المنتزع هذا الحكم من الخطاب الوارد في قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و بين اللازم الذي هو الحكم التكليفي: وهو وجوب تسليم كل واحد من المتبايعين كل واحد من العوضين إلى صاحبه وجوبا تكليفيا المنتزع هذا الوجوب من نفس الخطاب المذكور في قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

فيجب أن يكون التسليم مقدورا حين العقد، لاستحالة التكليف بالمتنع.

فالحكم الوضعي ملازم للحكم التكليفي، و مدركه نفس مدرك الحكم التكليفي كما عرفت آنفا.

و الحكم التكليفي ليس بمطلق، بل مقيد بالتمكن.

فلا يستفاد منه اطلاق وجوب التسليم.

فاذا كانت القدرة على التسليم شرطا في التكليف عند العقد فلا جرم أنه لا يكون مجال لانتزاع الحكم الوضعي في ظرف عدم القدرة على التسليم فينتفي حينئذ لازم العقد: وهو وجوب التسليم مطلقا المستلزم هذا الانتفاء لانتفاء ملزومه: وهي صحة العقد و بطلانه فتنفي الملازمة المذكورة.

(1) أي كل واحد من العوض و المعوض كما عرفت آنفا.

(2) أي الاستدلال المذكور على وجوب القدرة على التسليم ضعيف -

مطلقا منعنا الملازمة.

وإن اريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكن.

+++++

- افاد وجه الضعف (السيد بحر العلوم) قدس سره في مصابحه و خلاصة ما افاده أنه إن اريد من اشتراط القدرة على التسليم عند العقد اشتراطها منجزا و فعليا اى غير معلق على البيع: بمعنى أن القدرة على التسليم واجبة وجوبا مطلقا في جميع الحالات و الأزمان سواء اكان هناك بيع أم لا: منعنا الملازمة المذكورة بين العقد و وجوب القدرة على التسليم.

و كذا بين الحكم الوضعي، و الحكم التكليفي، لاختصاص وجوب القدرة على التسليم بحالة البيع، فالشرط المذكور من شرائطه، لا مطلقا حتى وإن لم يكن هناك بيع.

ثم لا يخفى عليك أنه ليس المراد من الوجوب المطلق هو الوجوب المطلق المجرد عن قيد القدرة، لأنه ما من وجوب إلا و هو مقيد بقيد القدرة لا محالة.

بل المراد من المطلق ما صار فعليا كما قيدهنا بقولنا: منجزا و فعليا أى صار فعليا من جهة شرطه المعلق عليه.

وإن اريد من الاشتراط المذكور اثبات اشتراط القدرة لوجوب التسليم، لوجوب الإقدام على ما يمكن معه من فعل الواجب: منعنا الوجوب على الاطلاق، أى سواء أكان قادرا على التسليم أم لا لأن التكليف مشروط بالقدرة على التسليم.

و العجز السابق على العقد كالعجز المتجدد بعد العقد.

فكما أنه لا يجب التسليم في العجز المتجدد.

كذلك لا يجب التسليم في العجز السابق.

ص: 98

كما (1) لو تجدد العجز بعد العقد.

وقد يعترض (2) بأصالة عدم تقييد الوجوب.

ثم يدفع (3) بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط.

+++++

(1) تنظير لعدم منافاة كون وجوب التسليم مشروطا بالتمكن و هو القدرة.

وقد عرفت التنظير في ص 98 عند قولنا: فكما أنه لا يجب التسليم.

(2) المعترض هو العلامة (السيد بحر العلوم) قدس سره، فإنه ذكر هذا الاعتراض في مصابحه بعنوان (لا يقال)

و خلاصة الاعتراض مع تصرف منا: هو أن الاصل الاولي العقلاني في وجوب تسليم المعقود عليه هو اطلاقه، و عدم تقيده بالقدرة.

وقد ثبت هذا العدم بالنسبة إلى العجز المتجدد بدليل خاص، ولذا حكم بصحة العقد فيه، فلا مجال للتمسك بالاصل المذكور للاطلاق.

و أما العجز السابق على العقد فلما لم يثبت فيه عدم تقييد وجوب التسليم بالقدرة فقد التجأنا للاطلاق، و عدم تقييد الوجوب بالقدرة بالاصل المذكور.

و الدليل على الاصل المذكور في العجز السابق هو أن القدرة لو كانت شرطا في وجوب التسليم لكان هذا الشرط بالنسبة إلى كلا العجزين: العجز السابق، و العجز المتجدد على حد سواء، لأن القدرة كانت مفروضة الحصول على هذا التقدير: و هو تقدير شرطية القدرة في وجوب التسليم، مع أنك قد عرفت ثبوت عدم تقييد وجوب التسليم في العجز المتجدد.

(3) المدافع هو (السيد بحر العلوم) قدس سره فقد ذكر -

ص: 99

وفي الاعتراض (1) و المعارضة نظر واضح فافهم.

+++++

- الدفع في مصايحه بقوله: لأن هذا الاصل معارض بمثله.

و خلاصة الدفع أن الاصل المذكور معارض باصل آخر الذي هو أصالة البراءة في جانب البيع: من اشتراط صحة البيع بوجوب التقييد، فيدفع ذاك الاصل بهذا الاصل.

فيجب تقييد وجوب التسليم بحصول القدرة السابقة كاللاحقة لأنه القدر المتيقن من اشتراط صحة البيع بوجوب التقييد عند القدرة.

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم به الإشكال على اصل الاعتراض الذي وجهه السيد بحر العلوم على الاستدلال المذكور في ص 99 بقوله: وقد يعترض.

و خلاصة وجه النظر كما افاده تلميذه المحقق المامقاني طاب ثراه في تعليقه على المكاسب في ص 642: أن أصالة عدم تقييد الوجوب في جانب البيع إنما تأتي إذا كان هناك لفظ دال عليه كلفظ الامر أو لفظ الوجوب حتى يبقى مجالاً للتمسك بإطلاقه وهو هنا منتف كما افاده لفظ الاستدلال المذكور في ص 96 بقوله: إن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين.

فلا مساس لأصالة عدم تقييد الوجوب بهذا المقام.

و أما وجه النظر في معارضة الاصل المذكور باصل آخر الذي ذكرناه في الهامش 1 من هذه الصفحة و الذي افاده السيد بحر العلوم قدس سره فخلاصته: أن أصالة عدم تقييد البيع بوجوب التسليم حاكم على أصالة اطلاق وجوب التسليم، لأنه في صورة جريان أصالة عدم تقييد البيع لا يبقى للبيع قيد و شرط حتى نقول:

إن الاصل الاولي العقلاني اطلاق شرطية وجوب التسليم، و عدم -

ص: 100

منها: أن الغرض من البيع انتفاع كل منها بما يصير إليه

(ومنها) (1): أن الغرض من البيع انتفاع كل منها بما يصير إليه، ولا يتم إلا بالتسليم.

+++++

- تقيده بالقدرة.

إلى هنا كان كلام السيد بحر العلوم قدس سره من الاستدلال والاعتراض والمعارضة، ونظر الشيخ على أصل الاعتراض والمعارضة كما عرفت.

ولنا دليل آخر على عدم اشتراط وجوب التسليم بالقدرة، وأن العقد صحيح: وهو آيتي:

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

فإنهما كافيتان على صحة البيع مع عدم القدرة على التسليم.

فالدليل لا يكون منحصرا بآية: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فِي اشْتِرَاطِ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ بِالْقُدْرَةِ حَتَّى يُقَالَ بِبَطْلَانِ الْبَيْعِ عِنْدَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ.

(1) أي ومن تلك الوجوه الآخر المستدل بها على اشتراط القدرة على وجوب التسليم عند العقد المشار إليها في ص 89 بقوله:

ثم إنه ربما يستدل.

هذا الاستدلال المذكور في مصابيح (السيد بحر العلوم) قدس سره خلاصته مع تصرف منا أن الغرض من العقد هو انتفاع كل واحد من المتبايعين بما يصير إليه: من العوض، أو المعوض:

وهذا الغرض لا يتم إلا بتسليم كل واحد منهما ما عقد عليه إلى صاحبه.

ومن الواضح أن في صورة عدم القدرة على التسليم ينتفي الغرض المذكور، فيكون أكل المال أكلا بالباطل فيبطل العقد.

ص: 101

و يضعفه(1) (1) منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم، لا الانتفاع المطلق.

منها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه

(و منها) (2): أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً، و اكله اكلًا بالباطل.

وفيه (3) أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول

+++++

(1) أي و يضعف هذا الاستدلال.

وجه التضعيف المذكور في مصابيح السيد بحر العلوم قدس سره و خلاصته مع تصرف منا: أنا نمنع كون الغرض في البيع هو الانتفاع بنحو مطلق و لو لم يسلم المبيع.

بل الانتفاع بعد التسليم هو الغرض، لأن الانتفاع بالمتعذر حالة البيع كالانتفاع بالمتعذر بعد البيع،

(2) أي و من تلك الوجوه الاخر المستدل بها على اشتراط القدرة على وجوب التسليم عند العقد المشار إليها في ص 89 بقوله:

ثم إنه ربما يستدل.

هذا الاستدلال المذكور في مصابيح (السيد بحر العلوم) قدس سره.

أليك خلاصته مع تصرف منا:

إن بذل المال ازاء شيء مشكوك الحصول غير مقدور تسليمه أو تسلمه عمل سفهي عبثي موجب لتضييع المال.

و الإقدام على مثل هذا العمل مما يقبحه العقلاء و يذمه الخبراء لأن خروج المال عن تحت يده امر قطعي بديهي.

لكن مجيء المال تجاهه امر مشكوك متزلزل، فيكون اكل المال اكلًا بالباطل.

(3) أي و في الاستدلال المذكور نظر و إشكال.

ص: 102

ليس سفها، بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصوله العوض سفه.

فافهم (1).

هل القدرة شرط أو العجز مانع

إشارة

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت (2) كون القدرة شرطا كما هو (3) كذلك في التكاليف.

وقد أكدت الشرطية (1) (4) في عبارة الغنية (2) المتقدمة (5)، حيث حكم (6)

+++++

- خلاصة الإشكال أنا نمنع كون كل بذل سفها و عبثا و تضييعا للمال فإن بذل القليل من المال إزاء المال الخطير المتوقع الحصول مما يحسنه العقلاء، و يقدمون عليه، حتى أنه لو كان احتمال حصول المال مساويا لاحتمال عدم حصوله لكان الإقدام عليه حسنا، بل لو لم يقدم على مثل هذا الاحتمال لعده العقلاء سفها لو اعتذر بعدم العلم بحصول العوض.

(1) إشارة إلى أن المقام يحتاج إلى التفهم و التدبر.

(2) عند قول العلامة، و الشيخ، و السيد ابن زهرة، و المحقق الكركي عند نقل الشيخ عنهم في ص 63 بقوله:

فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها.

(3) أي كون القدرة شرطا في التكاليف: و هي الأمور العبادية المتوقفة على قصد القربة، فإن القدرة على اتيانها شرط في التكليف بها، و قد اشترطت بالبلوغ و العقل و القدرة.

و عبر عن هذه الشروط ب: (الشروط العامة).

(4) أي اشتراط القدرة في وجوب التسليم.

(5) في ص 63 عند نقل الشيخ عن الغنية بقوله: و عن الغنية:

إنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه.

(6) أي صاحب الغنية.

1-- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2-- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم (1)، فينتفي (2) المشروط(1) عند انتفاء الشرط.

المناقشة فيما استظهره صاحب الجواهر

و مع ذلك (3) كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز

+++++

(1) عند نقل الشيخ عنه في ص 63 بقوله:

فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف.

(2) هذا كلام شيخنا الأنصاري، و الفاء تفرع على ما أفاده صاحب الغنية بقوله: فإن ما هذه حاله أي ففي ضوء ما ذكره في الغنية ينتفي المشروط: وهو البيع عند انتفاء شرطه: وهي قدرة كل واحد من المتبايعين تسليم كل واحد من العوضين إلى صاحبه.

(3) أي و مع هذه الإجماعات المصرحة من الشيخ و العلامة و المحقق الكركي، و صاحب الغنية المشار إليها في ص 63

من هنا يروم الشيخ أن يذكر نظرية صاحب الجواهر حول اشتراط القدرة في وجوب تسليم كل واحد من المتبايعين كل واحد من العوضين و عدم الاشتراط.

و خلاصة النظرية هي عدم اشتراط القدرة في وجوب التسليم عند العقد حتى تكون القدرة دخيلة في صحة العقد، بل العجز مانع.

ثم فرّع صاحب الجواهر على هذه النظرية الفرق بين القول بالشرطية و بين القول بوجود المانع، حيث حكم بطلان العقد مطلقاً على القول بالشرطية.

و بصحة العقد مطلقاً على القول بوجود المانع.

و حكمه بهذه النظرية لأجل استظهاره من عبارة صاحب الغنية المنقولة في ص 63 بقول الشيخ: فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف.

ص: 104

مانع، لا أن القدرة شرط.

قال (1): وتظهر الفائدة في موضع الشك

ثم ذكر (2) اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة و جعله (3) دليلا على أن القدرة المتفق عليها ما إذا تحقق العجز.

+++++

(1) أي صاحب الجواهر قال بعد نظريته هذه:

إن ثمرة النزاع المذكور بين الفقهاء إنما تظهر عند الشك في القدرة على وجوب التسليم.

فعلى القول بشرطية القدرة فلو شككنا في القدرة على وجوب تسليم كل واحد من المتبايعين كل واحد من لعوضين إلى صاحبه نحكم ببطلان العقد، للزوم احراز القدرة عند العقد لكل واحد من المتعاقدين لا محالة و القدرة هنا مشكوكة.

و أما على القول بأن العجز مانع عن صحة العقد فعند الشك في القدرة نحكم بصحة العقد، لأن الأصل يحكم بعدم وجود العجز عند العقد، فالمقتضي: وهو العقد يؤثر أثره، و أثره هي صحة المعاملة.

هذا ما أفاده صاحب الجواهر في هذا المقام.

(2) أي صاحب الجواهر ذكر في مسألة بيع العبد الضال، و الدابة الضالة اختلاف الفقهاء في صحة مثل هذا البيع، لأن منهم من ذهب إلى الصحة وإن لم يكن البائع قادرا على التسليم.

و منهم من ذهب إلى البطلان، لاشتراط القدرة في وجوب التسليم و هنا غير قادر على التسليم.

(3) أي و جعل صاحب الجواهر هذا الاختلاف دليلا و تأييدا لمدعاه: و هو أن القدر المتيقن من بطلان العقد و فساده و المتفق عليه -

وفيه (1) مع ما عرفت: من أن صريح معاهد الإجماع، خصوصا عبارة

+++++

- عند الإمامية هي صورة تحقق العجز عند التسليم، لا عند الشك على القدرة.

فاستظهر صاحب الجواهر قدس سره من هذا الاختلاف عدم شرطية القدرة على التسليم في صحة العقد، وبنى على هذا الاستظهار صحة بيع العبد الأبق مع علم المشتري بالابق، وحكم بوقوع العتق لو أعتقه في سبيل الله.

(1) أي وفيما أفاده صاحب الجواهر: من عدم شرطية القدرة في صحة العقد، وأن العجز عن القدرة مانع عن صحة العقد، وأنه فرق بين القول بالشرطية، وبين القول بكون العجز مانعا نظرا وإشكال

خلاصة وجه النظر أنه بالإضافة إلى ما يرد عليه: من صراحة عبارات الاجماع المنقولة عن أعلام الطائفة في ص 63، ولا سيما عبارة صاحب الغنية المنقولة في ص 63 بقوله: فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف: في أن القدرة شرط في وجوب التسليم، لا أن العجز مانع.

يرد عليه أن العجز أمر عديم: بمعنى أنه عبارة عن عدم القدرة عن من شأنه القدرة.

إما صنفا كما في الخياط، حيث له القدرة على تفصيل القماش ثوبا، أو قباء، أو غيرهما على طراز حسن جميل مرغوب فيه.

أو نوعا كما في الانسان، حيث له القدرة على تعلم الصنائع، والعلوم المتنوعة، والاختراعات المدهشة.

أو جنسا كما في الحيوان، حيث له القدرة على قطع المسافة بالمشي اختيارا.

ص: 106

الغنية المتأكدة بالتصريح (1) بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة:

أن (1)(2) العجز أمر عديمي، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا، أو نوعا، أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا.

مع أن (2) المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم.

ثم (3)

+++++

- فلو كان العجز عبارة عن عدم القدرة، وأنه امر عديمي فكيف يجعل مانعا عن صحة المعاملة؟

مع لزوم كون المانع امرا وجوديا حتى يكون مانعا عن تأثير المقتضي الذي هو العقد، ليلزم من وجوده العدم.

(1) كلمة أن مع اسمها في محل الرفع خبر للمبتدأ المتقدم: وهو قوله في ص 106: وفيه.

(2) مضى شرح هذه الجملة عند قولنا في هذه الصفحة: مع لزوم كون المانع.

(3) هذا تنازل من الشيخ وإشكال آخر على ما افاده صاحب الجواهر قدس سره: من صحة اطلاق المانع على امر عديمي، وأن العقد باطل

مطلقا على القول بشرطية القدرة، وصحيح مطلقا على القول بكون العجز مانعا.

و خلاصته أنه على فرض صحة هذا الاطلاق لا ثمره تترتب على ذلك، لأن اللازم في مقام الشك في تحقق القدرة والعجز هو ملاحظة

الحالة السابقة وإحرازها.

فإن كانت الحالة السابقة هي القدرة نحكم ببقائها، وبصحة العقد لاستصحاب الحالة السابقة المعلومة: وهي القدرة.

بخلاف ما إذا كانت الحالة السابقة مشكوكة، فإنه يحكم بعدم -

ص: 107

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

لوسلم صحة اطلاق المانع عليه (1) لا تمرة فيه (2)، لا في صورة الشك الموضوعي، أو الحكمي، و لا في غيرهما (3).

+++++

- وجود القدرة، وفساد العقد و بطلانه، لعدم وجود حالة سابقة معلومة حتى تستصحب.

فلا مجال للحكم ببطلان العقد مطلقا في كلتا الحالتين كما افاد البطلان مطلقا صاحب الجواهر.

وإن كانت الحالة السابقة هي العجز عن القدرة نحكم ببقاء العجز و بطلان العقد وفساده، لاستصحاب الحالة السابقة.

فالحكم بصحة المعاملة مطلقا حتى في صورة العلم ببقاء العجز كما افاده صاحب الجواهر غير صحيح.

فالخلاصة أن الملاك في صحة العقد و بطلانه هي معلومية الحالة السابقة، و عدمها.

فالفرق بين القول بشرطية القدرة، و بين القول بوجود المانع:

ببطلان العقد مطلقا على القول بالشرطية.

و بصحة العقد مطلقا على القول بوجود المانع كما افاده صاحب الجواهر غير صحيح.

إذا تكون القدرة شرطا في وجوب التسليم عند العقد.

كما عرفت من كلمات الأعلام في ص 63.

(1) أي على امر عدمي كما عرفت في الهامش 3 ص 107.

(2) أي في هذا الاطلاق كما عرفت في الهامش 3 ص 107.

(3) أي لا في غير الشك الموضوعي، و لا في غير الشك الحكمي لعدم الوسطة بين القدرة و العجز.

كما في العدالة و الفسق، حيث لا واسطة بينهما.

ص: 108

فإننا (1) إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها (2).

أو لا معه (3) فالاصل عدمها (4): اعني العجز، سواء (5) جعلت القدرة شرطا أم العجز مانعا.

وإذا شككنا (6) في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر، أو العجز في الجملة.

+++++

(1) هذا مثال للشك الموضوعي.

وقد عرفته في الهامش 3 ص 107 عند قولنا: فإن كانت الحالة السابقة هي القدرة.

(2) أي بقاء القدرة كما عرفته عند قولنا في الهامش 3 ص 107:

نحكم ببقائها.

(3) أي لا مع سبق القدرة كما عرفته عند قولنا في الهامش 3 ص 107: بخلاف ما.

(4) أي عدم القدرة كما عرفت في الهامش 3 ص 107 عند قولنا:

بخلاف ما إذا كانت الحالة السابقة مشكوكة.

(5) أي في صورة معلومية الحالة السابقة، وعدمها لا فرق بين القول بشرطية القدرة في وجوب التسليم.

وبين القول بوجود المانع، فكلاهما على حد سواء.

(6) هذا مثال للشك الحكمي.

و خلاصة معنى العبارة أنه في صورة الشك في الخارج عن عمومات صحة العقد التي هو قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ - تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

هل هو العجز المستمر من حين العقد إلى زمن التسليم؟ -

ص: 109

أو شككنا(1) (1) في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر؟

فبالإلزام التمسك بعمومات الصحة، من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً، أو العجز مانعاً.

والحاصل (2) أن التردد بين شرطية الشيء، و مانعية مقابله إنما

+++++

- أو العجز في الجملة؟:

يجب علينا التمسك بتلك العمومات، و الرجوع إليها في صحة المعاملة.

(1) هذا مثال للشك الموضوعي المصداقي.

و خلاصة معنى العبارة أنه إذا شككنا في أن المراد من العجز.

هل هو العجز الحقيقي؟

أو المراد منه معناه الأعم الشامل للتعسر؟

فبالإلزام علينا حينئذ التمسك بتلك العمومات المذكورة، و الرجوع إليها في صحة المعاملة.

من غير فرق بين أن يقال بشرطية القدرة.

أو بوجود المانع في هذه الموارد من الشك.

سواء أكان الشك في الموضوع بكلاً قسميه:

المفهومي، و المصداقي المشار إليهما في الهامش 1 من هذه الصفحة.

أم في الشك الحكمي المشار إليه في الهامش 6 ص 109.

(2) أي و خلاصة القول في هذا المقام أن التردد بين شرطية الشيء.

و بين مانعية مقابله إنما يكون مثيراً في الضدين الوجوديين كالعدالة و الفسق: حيث إن الشاك في مورد أن العدالة شرط، أو الفسق مانع

يمكنه الفرق بينهما، و القول بأن العدالة إذا كانت شرطاً ففي الشك في وجودها يحكم بعدمها، فتكون النتيجة فقدان المشروط -

ص: 110

يصح ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة(1) لا فيما نحن فيه (1) وشبهه(2) كالعلم والجهل.

و أما اختلاف (3) الأصحاب في مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز، و مبنيا على كون القدرة شرطا، أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة والفساد.

+++++

- بالعدالة بفقدان الشرط: وهي العدالة.

بخلاف ما إذا كان الفسق مانعا، فإنه يمكنه جريان أصالة عدمه والقول بصحة ما جعل فيه الفسق مانعا، لأن الصحة مقتضى الأصالة المذكورة.

(1) أي ولا يثمر الشك في شرطية الشيء، و مانعية مقابله الذي يلزم من وجود احد الضدين عدم الآخر كما فيما نحن فيه: وهو الشك في تحقق القدرة والعجز.

(2) أي وشبه ما نحن فيه: وهو كل مورد يلزم من وجود احد الضدين عدم الآخر كالعلم والجهل.

ثم لا فرق بين أن يكون احد الضدين شرطا، أو الآخر مانعا.

(3) هذا رد من الشيخ على ما جاء به صاحب الجواهر من التأييد في مسألة بيع العبد الضال، و الدابة الضالة لمدعاه:

من عدم شرطية القدرة، و أن العجز مانع.

و خلاصة الرد أن اختلاف أصحابنا الامامية رضوان الله عليهم في صحة بيع الضالة والضال، و فساده ليس لاجل أن شك المالك في القدرة و العجز مبني على أن القدرة شرطا، أو العجز مانع:

بمعنى أن القائلين ببطلان بيع العبد الضال، و الدابة الضالة إنما يقولون بالبطلان لاجل كون القدرة شرطا في وجوب التسليم.

و أن القائلين بصحة بيع العبد الضال، و الدابة الضالة إنما يقولون -

ص: 111

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

بل (1) لما سيجيء عند التعرض لحكمها.

العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق

ثم إن العبرة في الشرط المذكور (2) إنما هو في زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها (3) حال العقد إذا علم بعدمها (4) حال استحقاق التسليم.

كما لا يقدح عدمها (5) قبل الاستحقاق ولو حين العقد.

+++++

- بالصحة لاجل أن العجز عندهم مانع.

بل اختلافهم في ذلك لاجل الحديث الوارد في ذلك: وهو حديث جواز بيع العبد الأبق منضمًا، فبمفهومه: وهو عدم جواز بيعه منفردًا يتمسك على عدم جواز بيع الضال والصال.

أو لاجل الحديث الوارد في نفي الغرر.

فلا المجوزون تمسكوا في صحة البيع أن العجز مانع.

ولا المانعون استدلو لبطلان البيع بأن القدرة شرط.

والدليل على ذلك كلمات الفقهاء الدالة على الصحة والفساد التي تأتي الإشارة إليها.

ومن الفقهاء الشهيد الثاني قدس سره، حيث ذكر في المسالك أن عدم جواز بيع الضال والمحجور، والغصب إنما هو لاجل الغرر المنفي.

(1) أي بل اختلاف الفقهاء في مسألة بيع الضال والصال لاجل ما سيجيء في حكم هذه المسألة.

(2) وهي القدرة على التسليم.

(3) أي وجود القدرة.

(4) أي بعدم القدرة على التسليم حال استحقاق المبيع فيحكم ببطلان العقد.

(5) أي عدم القدرة قبل استحقاق المبيع كما في بيع السلف -

و يتفرع على ذلك (1) عدم اعتبارها اصلا إذا كانت العين في يد المشتري (2).

وفيما (3) لا يعتبر التسليم فيه رأسا كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء، ولا سبيل لاحد عليه.

+++++

- فيحكم حينئذ بصحة البيع.

فالملاك في صحة البيع هي القدرة على التسليم حال استحقاق المبيع لا حال البيع.

وفي بطلان البيع هو عدم القدرة على التسليم حال استحقاق المبيع، لا حال البيع.

(1) أي على ما قلناه: من أن الملاك في صحة البيع هي القدرة على التسليم حال استحقاق المبيع.

وفي بطلان البيع هو عدم القدرة على التسليم حال استحقاق المبيع.

من هنا يروم الشيخ قدس سره أن يستنتج فروعا أربعة على قوله:

و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أي عدم اعتبار القدرة:

ونحن نذكر تلك الفروع عند رقمها الخاص.

(2) هذا هو الفرع الاول، فإن العين إذا كانت عند المشتري و تحت يده و تصرفه و سلطنته فلا حاجة إلى تسليمها إليه مرة ثانية من قبل

البائع، لأن التسلم من قبل المشتري حاصل.

(3) هذا هو الفرع الثاني الذي لا يحتاج إلى القدرة على التسليم اصلا حال العقد، إذ الانسان لا يملك عموديه، و لا احدهما فيعتقان عليه

حالا.

نعم يملكها أنا ما حتى يصح عققهما، لأنه لا عتق إلا في ملك كما عرفت أكثر من مرة، فلا معنى لوجود القدرة حال العقد.

ص: 113

وفيما (1) إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدة.

وإما (2) لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا، فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد اجازة المالك فلا تعتبر القدرة على التسليم قبلها (3).

لكن يشكل (4) على الكشف، من حيث إنه لازم من طرف

+++++

(1) هذا هو الفرع الثالث الذي لا يحتاج إلى القدرة على التسليم اصلا حال العقد، إذ اشتراط تأخير مدة التسليم يغنينا عن وجود القدرة على تسليم كل واحد من المتبايعين كل واحد من العوضين إلى صاحبه حال العقد لو كان الاشتراط من الطرفين، أو من طرف واحد

(2) هذا هو الفرع الرابع الذي لا يحتاج إلى القدرة على التسليم اصلا حال العقد.

(3) أي قبل الاجازة الصادرة من المالك الاصيل لا تعتبر القدرة على التسليم من قبل البائع الفضولي عند ما يوقع العقد.

(4) هذا الإشكال متوجه على الفرع الرابع المشار إليه في الهامش 2 من هذه الصفحة.

و خلاصته أنه بناء على القول بكون الاجازة كاشفة عن سبق الملك للمشتري من حين وقوع العقد يشكل القول بعدم اعتبار القدرة اصلا عند إجراء العقد، لأن العقد لازم من طرف الاصيل الذي هو احد طرفي العقد الفضولي.

و هو المشتري لو كان المبيع فضوليا.

و البائع لو كان الثمن فضوليا، لأن البائع، أو المشتري لا يستحق التسليم، أو التسلم إلا بعد اجازة المالك، فقبل الاجازة لا يكون العاقد قادرا على التسليم، فيتحقق الغرر بالنسبة إلى الاصيل إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله و تسلمه.

ص: 114

الاصيل، فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله.

نعم هو (1) حسن في الفضولي من الطرفين.

ومثله (2) بيع الرهن قبل اجازة المرتهن، أو فكه (3).

بل (4) وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأن (5) تأثير

+++++

(1) أي عدم اعتبار القدرة اصلا عند العقد حسن فيما إذا كان طرفا العقد فضولين.

(2) أي ومثل البيع الفضولي من طرف واحد بيع الرهن قبل اجازة المرتهن، أو قبل فك الرهن: في أن المشتري لا يستحق التسليم من قبل البائع قبل الاجازة، فلا تعتبر القدرة للبائع عند العقد.

فلو كان المشتري عالما برهن المبيع فلا غرر عليه حتى يكون البيع باطلا عند العقد.

(3) أي قبل فك الرهن.

(4) هذا من فروع عدم اعتبار القدرة على التسليم حال العقد أي وكذا لا تعتبر القدرة على التسليم اصلا لو كان المشتري في بيع السلف غير قادر على دفع ثمن السلف في مجلس عقد السلم.

(5) تعليل لعدم اعتبار القدرة في البائع اصلا عند العقد في البيع السلفي لو تعذر على المشتري تسليم الثمن للبائع في مجلس العقد.

و خلاصته: أن تأثير العقد السلمي و تماميته و صحته موقوف على تسليم المشتري الثمن في مجلس عقد السلمي إلى البائع.

فاذا تعذر التسليم فالعقد باطل و فاسد، فلا يستحق المشتري من البائع المبيع حتى تشترط القدرة في البائع عند تسليم المبيع السلمي -

العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه (1) فلا يلزم غرر

ولو تعذر التسليم (2) بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط.

ومن المعلوم (3) أن تعذر الشرط (1) المتأخر حال العقد غير قادح.

بل (4) لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق

+++++

- إلى المشتري.

(1) أي على تحقق تسليم الثمن من المشتري إلى البائع كما عرفت آنفا في الهامش 5 ص 115.

(2) أي لو تعذر بعد وقوع العقد تسليم الثمن من قبل المشتري إلى البائع في البيع السلمي و الصرفي المعتبر هذا التسليم في صحة العقد فقد بطل العقد، لأن مآله إلى مآل الشرط المتعذر، و حكمه حكمه.

فكما أن الشرط المتعذر حصوله مفسد للعقد.

كذلك تعذر تسليم الثمن في البيع السلمي مفسد للعقد، و مبطل له.

(3) هذا مطلب آخر.

و خلاصته أنه لو كان تعذر التسليم موجودا حال العقد فلا يقدح تعذره بعد العقد في تأثير العقد، و لا يكون مخلا لصحته.

بل العقد يعمل عمله، لأن هذا التعذر كالشرط المتأخر عن العقد حال صدور العقد.

فكما أنه غير قادح في بطلان العقد.

كذلك تعذر التسليم بعد العقد غير قادح في العقد، فلا يكون موجبا لسلب التأثير عن العقد.

(4) هذا ترق من الشيخ.

و خلاصته أنه في صورة علم المتعاقدين بتعذر تسليم الثمن من المشتري في البيع السلمي بعد صدور العقد لا يكون العلم مانعا عن تأثير -

ص: 116

حصوله، فإن (1) الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل (2) أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره.

+++++

- العقد لو اتفق حصول الثمن في يد البائع و تسلطه عليه.

(1) تعليل لكون العلم بتعذر تسليم الثمن إلى البائع في البيع السلمي غير قادح عن تأثير العقد لو اتفق حصوله بعد العقد.

و خلاصته أن الشروط المتأخرة عن العقد التي لها دخل في صحة العقد لا يجب أن تكون محرزة حال وقوع العقد.

كما أنه لا يجب العلم بوجودها فيما بعد صدور العقد.

فعدم العلم بوجودها حال العقد، و بعدم وجودها فيما بعد صدور العقد لا يكون قادحا بالعقد، و مضرا به، اذ المفروض شرطية القبض بعد العقد، لا حاله.

فقدح عدم القبض حال العقد في العقد خلف.

(2) أي و خلاصة الكلام و زبده في تعذر التسليم: هو أن التعذر إنما يكون مانعا عن صحة العقد، و موجبا لبطلانه إذا كان التسليم من أحكام العقد، و شرائط صحته التي لها دخل في تماميته.

لا ما إذا كان التسليم من شرائط تأثير العقد كما فيما نحن فيه: و هو البيع السلمي الذي يكون القبض فيه من قبل البائع جزء مؤثرا في العقد لأن المؤثر التام في النقل و الانتقال امران:

العقد المركب من الايجاب و القبول.

و قبض الثمن من قبل البائع من المشتري.

فاذا حصل الامران اثر العقد اثره: و هو النقل و الانتقال. -

ص: 117

و السر فيه (1) أن التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

وبعبارة اخرى (2) الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل

+++++

- ولا يلزم غرر لو تعلق العقد بغير المقدور حال العقد، وبعده لو اتفق حصوله بعد العقد.

بخلاف ما إذا لم يحصل الامران: بأن انتفى احدهما، فإنه لا يحصل الاثر المذكور.

(1) أي السر و العلة في أن العقد الباطل هو العقد الذي يكون التسليم فيه من شرائط أحكام العقد و صحته، لا من شرائط تأثيره:

هو أن التسليم جزء ناقل للمبيع إلى المشتري، و الجزء الآخر هو العقد المركب من الايجاب و القبول، و الجزء الناقل للمبيع فيما نحن فيه هو القبض فمتى حصل هذا الجزء تحقق العقد في الخارج، و اثر اثره:

و هو النقل و الانتقال.

إذا لا يتحقق غرر لو تعلق العقد بغير مقدور حال العقد، و بعد العقد لو اتفق حصوله، لأن الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد، و لا العلم بتحققها فيما بعد العقد.

(2) يروم الشيخ قدس سره في قوله: (بعبارة اخرى) صب المعنى المذكور حول تعذر تسليم الثمن في قالب آخر من الألفاظ بعبارة أخصر من الاولى حتى يتضح المعنى، حيث الغموض قد علاه.

أليك ما اراده الشيخ، أي الاعتبار و الملاك في القدرة على التسليم إنما هو بعد تمامية النقل و الانتقال.

و من الواضح أن التمامية المذكورة إنما تتحقق بالقبض الذي هو الجزء الاخير في الاثر المذكور: و هو النقل و الانتقال، و لذا -

ص: 118

ولهذا (1) لا يقدر كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده.

والمفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل: وهو القبض حاصل في يد المشتري.

فالقبض (2)

+++++

- لا يقدر عجز المشتري عن اداء الثمن قبل قبول المبيع إذا كان عالما بتجدد القدرة له بعد القبول.

والمفروض أن المبيع بعد تحقق جزء الاخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري، ووجود تحت تصرفه فلا يحصل غرر لو كان غير قادر على التسليم حال العقد، أو بعده لو اتفق حصوله كما هو المفروض.

(1) تعليل لكون الاعتبار في القدرة على التسليم بعد تمامية النقل وقد عرفته في الهامش 2 ص 118.

(2) الفاء تفريع على ما افاده: من أن القبض هو الجزء الاخير في تمامية العقد وتحققه في الخارج أي القبض مثل الاجازة في كونها هو الجزء الاخير للنقل والانتقال.

فكما أنه لا بد من صدور الاجازة من المالك الاصيل في البيع الفضولي حتى ينتقل المبيع إلى المشتري فهو الجزء الاخير للتملك وأن البيع متزلزل ومتوقف على الاجازة، ولولاها لما صح العقد، ولما تملك المبيع المشتري.

كذلك القبض في صورة عدم القدرة على التسليم حال العقد لا بدّ من تحققه في الخارج حتى يتحقق العقد خارجا.

هذا بناء على أن الاجازة ناقله للمبيع إلى المشتري من حين صدور الاجازة.

ص: 119

مثل الاجازة، بناء على النقل، و أولى منها (1)، بناء على الكشف.

و كذلك الكلام (2) في عقد الرهن، فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض إنما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب احرازه حين الرهن، ولا العلم بتحقيقه بعده.

فلورهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد اثره.

وسيجيء الكلام في باب الرهن.

اللهم (3) إلا أن يقال: إن المنفي في النبوي هو كل معاملة

+++++

(1) أي القبض أولى من الاجازة لو قلنا: إنها كاشفة.

(2) أي لا تعتبر القدرة على التسليم في عقد الرهن حال ايقاعه أيضا، ولذا لو لم يعلم عند ايقاع الرهن بالقدرة على القبض بعد العقد صح العقد، و اثر اثره.

وكذا لو علم بعدم القدرة على التسليم عند ايقاع العقد لكن اتفق حصول القبض في يد المرتهن بعد العقد صح الرهن أيضا، لأن وجوب القدرة على التسليم في الرهن ليس إلا من جهة اشتراط القبض فيه فمتى حصل ولو بنحو الاتفاق الخارجي صح عقد الرهن، فلا يجب فيه احراز القدرة حين الرهن، ولا العلم بتحقيقه حين ايقاع عقد الرهن.

ففي الواقع أنه ليس في الرهن شرطان.

التسليم، و القبض حتى تعتبر القدرة عند ايقاع الرهن.

بل هناك شرط واحد: وهو القبض، فمتى حصل تحقق الرهن و صح.

(3) هذا استثناء من عدم اعتبار القدرة في حال ايقاع العقد الذي افاده الشيخ بقوله في ص 116: و من المعلوم أن تعذر.

ص: 120

يكون بحسب العرف غررا، فالبيع (1) المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض، أو غير مقدور غرر عرفا، لأن (2) اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي، لا عرفي فيصدق الغرر (3)

+++++

- و خلاصته أنه يمكن القول باعتبار القدرة حال ايقاع العقد في بيع الصرف و السلم: بيان أن المستفاد من الغرر المنفي في الحديث النبوي المذكور في ص 63: هو كل معاملة يرى العرف فيها الغرر، سواء أ كان فيه قبض أم لا، فإنه بمجرد وقوع العقد يرى حصول الملكية، و يرتب عليها آثارها: من البيع، و الهبة، و الوقف.

و من الواضح أن بيع الصرف المشترط فيه التقابض في المجلس.

و السلم المشترط فيهما القبض إذا وقع على عوض مجهول، أو على شيء غير مقدور: غرر عرفا فيكونان موردين للحديث النبوي فيبطل العقد لأن أكل المال فيهما اكل بالباطل حينئذ.

إذا تعتبر القدرة حال ايقاع العقد في بيع الصرف و السلم.

(1) الفاء تفرع على ما افاده: من أن المنفي هو كل معاملة.

وقد عرفت التفرع عند قولنا في هذه الصفحة: و من الواضح.

(2) تعليل لغررية بيع الصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول أو شيء غير مقدور.

(3) وجه صدق الغرر عرفا هو أن العرف لا يرى اشتراط القبض في نقل العوضين من كل من المتعاقدين إلى صاحبه، لأنه بمجرد وقوع العقد يرى حصول الملكية، و يرتب عليها آثارها كما عرفت.

و الخطر عرفا و إن لم يتحقق شرعا، اذ (1) قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر.

لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا.

و من هنا (2) يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه.

+++++

- لكنه غير مطمئن بحصول ما انتقل إليه بالعقد في بيع الصرف و السلم عند عدم تمكن البائع في الصرف، و المشتري في السلم من التسليم فيقع في الغرر.

و من المعلوم أن النهي و الفساد تابعان لبيع الغرر العرفي.

فإن صدق الغرر عرفا صدق النهي و الفساد.

و إن لم يصدق لم يصدق النهي و الفساد، و فيما نحن فيه يصدق الغرر.

(1) تعليل لعدم صدق الغرر شرعا.

و خلاصته: أنه قبل التقابض في بيع الصرف، و القبض في بيع السلم لا ينتقل المبيع إلى المتبايعين، و لا إلى المشتري حتى يكون المتبايعان أو البائع على غرر و خطر في حصوله.

و بعد التسليم لا خطر و لا غرر على الثمن، لأنه قد حصل في يده و تحت تصرفه.

(2) أى و يعلم من قولنا في ص 120: إن المنفي في النبوي:

امكان الحكم بفساد بيع الفضولي مال الغير لنفسه، لأن العرف يرى هذا البيع غررا، لعدم قدرة البائع الفضولي مال الغير لنفسه على تسليمه للمشتري، لأنه ممنوع من التصرف شرعا، فيشملة الحديث النبوي، لأن هذه المعاملة أصبحت ذات غرر و خطر، فيصدق أن المشتري أقدم على البيع الغررى.

ص: 122

اللهم (1) إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون اثر

+++++

- فما لم تصدر الاجازة من المالك الاصيل لم يؤثر العقد اثره.

ولشيخنا العلامة الايرواني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 195 إشكال على ما افاده الشيخ: من قياسه بيع الفضولي ببيع اشترط فيه التقابض و القبض كالصرف و السلم في الفساد.

و خلاصة الإشكال أن اشترط القبض و التقابض في الصرف و السلم امر شرعي، لا عرفي، و البيع العرفي حاصل قبل القبض، إذ كما عرفت أنفاً أن العرف بمجرد وقوع العقد خارجاً يرتب الآثار عليه و لا يهمله القبض، أو التقابض، فيمكن أن يقال: إن مناط النهي هنا غررية البيع العرفي، لأن شرط القدرة. و هو القبض غير حاصل حال العقد.

بخلاف البيع الفضولي مال الغير لنفسه: فإن رضى المالك فيه دخيل في تأثير العقد عند العرف أيضاً.

فما لم يحصل فيه رضاه لم يحصل العقد، وإذا حصل رضاه لم يكن غرر، لتحقق القدرة على التسليم بقدرة المالك عليه.

فحصول العقد، و عدمه دائر مدار الرضا وجوداً و عدماً.

(1) استثناء من الاستثناء الذي افاد الشيخ فيه أن المناط في الغرر هو صدقه عرفاً بقوله في ص 120: اللهم إلا- أن يقال: إن المنفي في الحديث النبوي.

و خلاصة الاستثناء: هو منع كون المنفي في الحديث النبوي كل معاملة فيها الغرر العرفي حتى يكون العرف هو الملاك في الغرر لا غير.

بل المناط هو العرف مقيداً بعد ملاحظته الآثار الشرعية المترتبة -

ص: 123

المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر، فإن (1) العرف إذا اطلعوا على اعتناق القريب (2) بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا، و هكذا.

فالمناط (3) صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة

+++++

- على المعاملة التي ليس فيها غرر و خطر، و بعد اطلاعه على تلك الآثار المقيدة بذاك القيد، و بعد علمه بها مقيدة بالقيد المذكور.

فكل معاملة تكون هذه صفتها يقدم عليها العرف فهو ينظر إليها بتلك النظرة، و لذا ترى العرف يحكم بصحة شراء العمودين أو احدهما إذا علم بمجرد إعتاقهما عليه قهرا، لعدم وجود خطر و غرر فيه.

و من الواضح أن بيع الصرف و السلم لما اجريا بالعقد يراهما العرف واقعين غير محتاجين إلى شيء زائد: و هو التقابض في المجلس و القبض في السلم الذي الزمه الشارع فيهما.

لكن لما يرى أنه بعد العقد لم يحصل له شيء، لعدم قدرة المتبايعين، أو احدهما على التسليم في الصرف، و المشتري في السلم يرى البيع بيعا غرريا فيحكم بغرريته.

إذا لا مجال لصدق الغرر العرفي مجردا عن تلك الخصوصية.

و هي ملاحظة الآثار الشرعية بعد أن لم يكن فيها خطر و غرر.

(1) تعليل لمنع صدق الغرر العرفي بعد اطلاع العرف و علمه بالآثار المترتبة شرعا على المعاملة التي ليس فيها خطر و غرر.

و قد عرفته في الهامش 1 ص 123 عند قولنا: و خلاصة الاستثناء.

(2) كالعمودين، أو احدهما.

و قد عرفته عند قولنا في هذه الصفحة: و لذا ترى العرف يحكم.

(3) الفاء تقرير على ما افاده الشيخ في ص 123: من منع -

ص: 124

فتأمل (1).

ثم إن الخلاف في اصل المسألة (2) لم يظهر إلا من الفاضل

+++++

- صدق الغرر العرفي على الآثار الشرعية المترتبة على المعاملة بعد اطلاع العرف على عدم وجود خطر و غرر في المعاملة.

و قد عرفته عند قولنا في الهامش 1 ص 123: بل المناط هو العرف مقيدا.

(1) افاد العلامة المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 462 في وجه التأمل ما حاصله:

لعل التأمل لدفع توهم.

أما التوهم فلامكان أن يقال: إن الغرر لا يكون عرفيا بعد أن كان المناط في صدق الغرر العرفي هو ملاحظة الآثار الشرعية المترتبة على المعاملة التي ليس فيها غرر و خطر.

بل الغرر اصبح شرعيا حينئذ.

و أما الدفع فهو أن الآثار الشرعية المترتبة على المعاملة التي كانت مقيدة بالقيود المذكور تكون من قبيل ما يتحقق به العنوان الذي يحكم به العرف.

فهو نظير الحكم العقلي الذي يتحقق موضوعه بالشرع.

خذ لذلك مثالا.

إن الشارع جعل الحدث منافيا للصلاة، و العقل حكم بعد هذا الجعل بعدم امكان اجتماع الصلاة و الحدث معا.

بمعنى أن العقل حاكم بأن الصلاة في ظرف كون المصلي محدثا لا يجتمعان، لأن الشارع جعل الحدث منافيا للصلاة، فلا يمكن اتيانها و المصلي على تلك الحالة.

(2) أى في مسألة بيع الصرف و السلم.

ص: 125

القطيفي (1) المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط في اصل صحة البيع.

فلو قدر (2) على التسلم صح البيع وإن لم يكن البائع قادرا عليه.

بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه، ولا يرجع (3) على البائع، لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصح (4)

+++++

- خلاصة الكلام أن اشتراط القدرة في تسليم البيع كان مسلما بين الأصحاب، والاختلاف في اعتبارها وعدم اعتبارها نشأ من زمن الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، فإنه أول من استشكل في شرطيتها ولم يعتبرها قدس سرهما، ولم تكن المسألة ذات شأن عند فقهاءنا القدامى رضوان الله عليهم.

(1) يأتي شرح حياته و مؤلفاته في (أعلام المكاسب).

(2) أى المشتري.

(3) أى ليس للمشتري خيار جواز فسخ المعاملة، والرجوع على البائع إذا كان البيع برضى المشتري، وعلمه بعدم قدرة البائع على التسليم.

(4) الفاء تفریع على ما افاده الفاضل القطيفي: من عدم حق الرجوع للمشتري على البائع إذا كان شراؤه منه برضاه، وعلمه بعدم قدرة البائع على التسليم.

أى ففي ضوء ما ذكرنا يصح بيع الشيء المغصوب إذا كان المشتري -

بيع المغصوب(1)، ونحوه (1).

نعم (2) إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم تصح المعاوضة عليه بالبيع، لأنه في معنى اكل المال بالباطل.

وربما احتمال امكان المصالحة عليه (3).

و من هنا (4) يعلم أن قوله: يعني المحقق في النافع: لو باع الأبق منفردا لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكن (5) منه عرفا.

+++++

- راضيا بهذا البيع، و عالما بغصبية الشيء المبيع.

هذا بناء على مذهب الفاضل القطيفي.

(1) كالبائع الفضولي مال الغير لنفسه مع علم المشتري بكون البائع فضوليا، و رضاه بالبيع المذكور، فإنه يصح مثل هذا البيع.

هذا بناء على مذهب الفاضل القطيفي.

(2) هذا كلام الفاضل القطيفي، و استدراك عما افاده: من أن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط: لا أنها شرط في اصل صحة البيع.

و خلاصته أن المبيع إذا لم يكن من شأنه و صفته أن يقبض عرفا كالطير في الهواء، و السمك في الماء فلا يصح المعاوضة عليه، لعدم قدرة البائع على تسليمه للمشتري اصلا، فيصدق عليه الغرر العرفي فيشملة الحديث النبوي المذكور فيكون اكل المال بإزائه اكلا بالباطل.

(3) أي على مثل هذا البيع الذي لا يكون من شأنه أن يقبض.

(4) هذا كلام الفاضل القطيفي، أي و يعلم من قولنا: بل لورضي المشتري بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه.

(5) بصيغة المجهول.

ص: 127

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

ولو اراد (1) غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى (2).

وفيه (3) ما عرفت: من الاجماع، ولزوم (4) الغرر غير المندفع (1) بعلم المشتري، لأن الشارع نهى عن الإقدام عليه.

+++++

(1) هذا كلام الفاضل القطيفي، أي ولو اراد المحقق من قوله في (النافع): لو باع الآبق منفردا لم يصح غير ما فسرناه: وهو أن مراده من عدم صحة البيع هو صورة عدم رضی المشتري، أو مع علمه بالآبق، أو بحيث لا يتمكن منه عرفا: فلا نسلم له.

وقد علمت أن الفاضل القطيفي ينكر اشتراط وجوب القدرة على التسليم حال ايقاع العقد، فرده على المحقق على مبناه.

(2) أي ما افاده الفاضل القطيفي في إيضاح النافع حول اعتبار القدرة، وعدمه.

(3) هذا كلام شيخنا الانصاري قدس سره يروم به الرد على الفاضل القطيفي قدس سره، أي وفيما افاده بقوله في ص 126: بل لو رضی المشتري بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و صح البيع و انتقل المبيع إليه:

نظر وإشكال، لقيام الاجماع على بطلان مثل هذا البيع، ففتواه بصحته مخالفة للاجماع.

وعلم المشتري بعدم قدرة البائع على التسليم لا يخرج عن صدق الإقدام على الضرر.

(4) بالجر عطفًا على مجرور (من الجارة) في قوله: من الاجماع فهو دليل ثان من الشيخ في الرد على المقالة المذكورة.

أي و من لزوم الغرر في مثل هذا البيع وإن كان المشتري عالما بعدم تمكن البائع على التسليم، لعدم حصول شيء له تجاه هذه المعاملة فتبطل، لعدم صدق تجارة عن تراض على ذلك شرعا.

ص: 128

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

إلا أن يجعل الغرر هنا (1) بمعنى الخديعة فيبطل (2) في موضع تحققه: وهو عند جهل المشتري:

وفيه (3) ما فيه. (1)

القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسليم

ثم إن الظاهر (4) كما اعترف به بعض الأساطين (5) أن القدرة

+++++

(1) أي في مسألة اعتبار القدرة، وعدم القدرة، فإذا جعل الغرر بمعنى الخديعة فلا غرر في صورة علم المشتري بعدم قدرة البائع على التسليم، أو رضاه بالمبيع الذي هكذا صفتة.

(2) الفاء تفريع على ما افاده: من أن الغرر إذا كان بمعنى الخديعة فلا غرر في الصورة المذكورة، أي ففي ضوء ما ذكرناه فلا غرر يتحقق خارجا إلا في موضع تحقق الغرر، و موضع تحقق الغرر هي صورة جهل المشتري بعدم قدرة البائع على التسليم.

(3) هذا إشكال من الشيخ على ما لو فسّر الغرر بمعنى الخديعة أي وفي هذا التفسير إشكال.

و خلاصة الإشكال أن الفقهاء رضوان الله عليهم كما علمت قد استفادوا من الغرر في الحديث النبوي الخطر و الضرر.

كما أنه قد استفيد هذا المعنى من الحديث المروي عن أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام المذكور في قوله في ص 65:

عمل ما لا يؤمن معه الضرر.

فالمعنى الشائع للغرر هو الخطر، و الإقدام على ما لا يؤمن معه الضرر، سواء أ كان ما لا يؤمن معه الضرر مالا أم غيره.

و أما الخديعة فليست بمعهودة عند الفقهاء.

(4) أي من كلمات الفقهاء.

(5) وهو الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره.

ص: 129

على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع، وإنما المقصد الاصيلي هو التسلم (1).

و من هنا (2) لو كان المشتري قادرا (3) دون البائع كفى في الصحة كما عن الإسكافي، والعلامة، وكاشف الرموز، والشهيدين والمحقق الثاني.

وعن ظاهر الانتصار(1) أن صحة بيع الأبق على من يقدر على تسلمه ممّا انفردت به الامامية.

وهو (4) المتجه(2)، لأن (5) ظاهر معاهد الاجماع بضميمة التبع في كلماتهم، واستدلالاتهم بالغرر، وغيره مختص بغير ذلك (6).

+++++

(1) أى التسلم من المشتري يكون اصلا، فوجوبه اصلي.

و التسليم من البائع تبعي فوجوبه مقدمي.

(2) أى و من قولنا: إن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع.

(3) أى على التسلم.

(4) هذا كلام شيخنا الانصارى قدس سره أى انفراد الامامية على صحة بيع العبد الأبق على من يتمكن من تسلمه في الخارج هو المتوجه.

و أما وجه الصحة فلأن المقصود من اشتراط القدرة هو حصول المبيع تحت تصرف المشتري، فاذا كان قادرا على التسليم فقد حصل الفرض وانتفى الغرر.

(5) تعليل لكون انفراد الامامية على صحة بيع العبد الأبق على من يتمكن من تسلمه متجها.

(6) أى بغير صورة اقتدار المشتري على تسلم المبيع، لأنك عرفت -

ص: 130

1- - راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

و منه (1) يعلم (1) أيضا أنه لو لم يقدر احدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد احدهما عند استحقاق المشتري للتسلم كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقا للفاضلين و الشهيدين، و المحقق الثاني وغيرهم.

نعم عن نهاية الأحكام احتمال عدم (2) بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم، و أن عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث.

وفيه (3)

+++++

- أنفا أن المقصود الاولي في اشتراط القدرة على التسليم ليس البائع بل المقصود الاصيلي هو المشتري، فالبائع تبع له.

فاذا كان المشتري هو المقصود الاصيلي و هو قادر على تسلم المبيع فقد حصل الغرض و صحت المعاوضة، و لا تحتاج إلى تسليم البائع المبيع إلى المشتري.

(1) أي و يعلم من مقالة (السيد المرتضى) قدس الله نفسه في الانتصار: من انفراد الإمامية على صحة بيع العبد الأبق على من يتمكن من تسلمه.

(2) أي عدم صحة بيع ما يوثق بحصوله في يد من يتمكن على تسلمه.

(3) هذا إشكال من الشيخ قدس سره على ما أفاده العلامة قدس سره في نهاية الأحكام: من أن عود الطائر غير موثوق به، لعدم عقل ثابت له فلا يصح بيعه.

و خلاصة الإشكال أن العادة طبيعة ثانوية للحيوان الصامت و الناطق، فهي كالعقل: في أنها باعثة للطير للعود إلى محله و وكره.

فكما أن العقل باعث للإنسان، و مرشد له في ارتكابه الأمور -

ص: 131

أن العادة باعثة كالعقل، (1) مع أن الكلام على تقدير الوثوق.

و لو لم يقدر على التحصيل، و تعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادة و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة، أو أزيد.

ففي بطلان البيع، لظاهر الاجماع المحكية (2)، و لثبوت الغرر (3).

+++++

- المتصورة المقصودة.

كذلك العادة تبعث الحيوان على العود إلى محله و وكره.

فالعادة أشبه شيء في عصرنا الحاضر بالأمر (الأوتوماتيكية).

(1) هذا جواب آخر من الشيخ على ما أفاده العلامة في نهاية الأحكام.

و خلاصته أنه بالإضافة إلى الجواب الأول أن لنا جوابا آخر:

و هو أن الكلام في حصول الوثوق للمشتري على تمكنه من تسلّم المبيع، لا- ما لا يوثق به، لأن العبرة عند العقلاء هو الاطمئنان، فمتى حصل صحت المعاوضة.

و ليس لنا دليل على اعتبار القدرة على التسليم عند إيقاع العقد و إلا لكان بيع العبد حال كونه مسافرا مع الاطمئنان برجوعه باطلا مع أن الفقهاء حكموا بصحته.

ألا ترى أن العقلاء يقدمون على شراء الدار للاستفادة و لو كانت مستأجرة بعد مضي زمن إجارتها.

(2) أي الإجماعات التي حكيناها قامت على اشتراط القدرة.

و من الواضح أن القدرة في صورة عدم قدرتهما على التحصيل مفقودة.

(3) أي في مثل هذه المعاوضة التي لا قدرة للمتبايعين على تحصيل -

أوصحته، لأن (1) ظاهر معاهد الاجماع التعذر رأساً، ولذا (2) حكم مدعيه بالصحة هنا.

و الغرر (3) منفي مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة.

وجهان، بل قولان تردد فيهما في الشرائع (1)، ثم قوى الصحة.

و تبعه في محكي السرائر و المسالك و الكفاية، و غيرها.

نعم (4) للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة.

+++++

- ما بيع إلا بعد مدة لا يتسامح فيها يكون بذل المال تجاه أمر باطل فيفسد العقد.

(1) تعليل لصحة المعاوضة على ما لا يقدر المتبايعان على تحصيله و خلاصته: أن الاجماع المذكور إنما قام على عدم جواز بيع ما لا يقدر المتبايعان على تحصيله رأساً.

لا ما كان التعذر فيه مؤقتاً بوقت معين لا يتسامح فيه.

(2) تعليل لكون الإجماع إنما قام على عدم جواز بيع ما لا يقدر المتبايعان على تحصيله، لا ما كان التعذر فيه وقتياً، أي و لأجل قيام الاجماع على التعذر الوقتي حكم مدعي هذا الإجماع بصحة بيع ما يتعذر حصوله بعد مدة معينة لا يتسامح فيها.

(3) هذا رد على من ادعى ثبوت الغرر في بيع ما لا يقدر المتبايعان على تحصيله إلا بعد مدة معينة لا يتسامح فيها عادة.

(4) الظاهر أن كلمة (نعم) استدراك عما أفاده: من نفي الغرر بقوله في هذه الصفحة: و الغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما هو المؤلف في الاستدراكات.

فعليه لا مجال لفرض جهل المشتري بفوات منفعة الملك عليه مدة -

ص: 133

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

ولو كانت مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ففي الصحة إشكال: من (1) حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالإقرار (2)، لجهالة (3) وقت تسليم العين.

وقد تقدم بعض الكلام فيه في بيع الواقف الوقف المنقطع (4).

+++++

- لأن صورة الجهل خارجة عن إطار البحث.

(1) تعليل للإشكال في مدة التعذر إذا كانت غير مضبوطة.

أي إنما نستشكل في صحة عقد ما لو علق على مدة غير مضبوطة لحكم الفقهاء بعدم جواز بيع مسكن المرأة المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة مدة الأقراء، لأن أقل الحيض ثلاثة أيام، وأقل الطهر عشرة أيام وبينهما مجهول.

وهذا الجهل مستلزم لجهالة وقت تسليم العين إلى المشتري.

ومن هذا الحكم نستكشف عدم صحة بيع ما كانت مدة التعذر فيه غير مضبوطة، لتتقيح المناط.

وأقراء جمع قرء، و القرء من الأضداد يراد منه معنيان متضادان وهما:

الطهر والحيض.

(2) التقييد بالأقراء لاخراج المرأة المعتدة بالمدة المعينة كالتي مات عنها بعلمها، فإنها تعتد عدة الوفاة: وهي أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بها زوجها أم لا، وسواء بلغت سن اليأس أم لا، فإن البيع في هذه المدة صحيح، لكونها معلومة.

(3) تعليل لعدم جواز بيع مسكن المرأة المطلقة المعتدة بالأقراء.

وقد عرفته عند قولنا في الهامش 1 من هذه الصفحة: لجهالة وقت تسليم العين

(4) راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة. الجزء 10 ص 273 -

ص: 134

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين (1)، لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

و لو باع ما يعتقد التمكن فثنين عبزه في زمان البيع، و تجددها بعد ذلك صح.

و لو لم تتجدد بطل.

والمعتبر هو الوثوق (2)، فلا يكفي مطلق الظن (3)، و لا يعتبر اليقين (4).

هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا، لا ما إذا كان وكيفا في مجرد العقد (5)، فإنه لا عبرة بقدرته، كما لا عبرة بعلمه (6)

+++++

- عند قول الشيخ: ولذا منع الأصحاب كما في الإيضاح.

(1) أي المراد من القدرة المشترطة هي القدرة المعلومة ظاهرا وبالفعل للمتبايعين، لا القدرة الواقعية.

(2) أي المراد من معلومية القدرة هو حصول الوثوق و الاطمئنان فكلما حصل الاطمئنان بوقوع المبيع تحت تصرف يد المشتري اندفع الغرر و الخطر.

(3) أي و إن لم يحصل الاطمئنان بالحصول على المبيع، فإن مثل هذا الظن بالقدرة لا يصح العقد.

(4) و هو العلم القطعي المانع عن النقيض.

(5) أي في مجرد إجراء صيغة العقد.

(6) أي بعلم الوكيل بأن الموكل قادر على التسليم، لأنه وكيل لمجرد إجراء صيغة العقد.

ص: 135

و أما لو كان وكيلًا في البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل أجنبيًا عن هذه المعاملة فلا إشكال في كفاية قدرته (1).

و هل تكفي قدرة الموكل (2)؟

الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك (3) إذا علم بعجز العاقد (4) فإن اعتقد (5) قدرته (1) لم يشترط علمه بذلك.

و ربما قيد الحكم (6) بالكفاية (2) بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل و رضي المالك برجوع المشتري عليه.

+++++

(1) أي في قدرة هذا الوكيل الذي أصبح وكيلًا مفوضًا مطلقًا عن الموكل في البيع و لوازمه.

(2) خلاصة هذه العبارة أنه في صورة كون الوكيل وكيلًا مفوضًا في البيع و لوازمه.

هل تكفي في صحة العقد قدرة الموكل إذا كان الوكيل عاجزًا عن القدرة أم لا بد من قدرة الوكيل؟

أفاد الشيخ بالكفاية إذا كان المشتري عالمًا بقدرة الموكل، و عالمًا بعجز العاقد الذي هو الوكيل المفوض.

(3) أي بقدرة الموكل كما علمت.

(4) و هو الوكيل المفوض في البيع و لوازمه.

(5) أي المشتري لو اعتقد قدرة الموكل على التسليم في صورة عجز العاقد على التسليم فلا يشترط علم الوكيل العاقد العاجز عن التسليم بقدرة الموكل على التسليم.

بل اعتقاد المشتري بقدرة الموكل كاف في ذلك.

(6) المراد من الحكم هو عدم اشتراط علم الوكيل العاجز عن التسليم بقدرة الموكل في صورة اعتقاد المشتري بالقدرة.

ص: 136

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

وفرق (1) على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي، لأن التسليم المعتبر في العاقد (2) غير ممكن قبل الإجازة.

وقدرة (3) المالك إنما تؤثر لو بني العقد عليها، وحصل التراضي بها حال البيع، لأن (4)

+++++

- والمقيد هو (العلامة السيد بحر العلوم) قدس سره في مصابيح عند ما راجعنا المصباح.

و العجب من بعض المعلقين على المكاسب كيف أفاد بنحو الترديد:

أن المقيد إما (صاحب الجواهر أو بحر العلوم) من دون مراجعة المصباح.

(1) أي السيد بحر العلوم فرع على القول بكفاية قدرة الموكل في صورة عجز الوكيل عن القدرة بشرط علم المشتري بقدرة الموكل.

(2) وهو الفضولي.

(3) دفع وهم.

حاصل الوهم أن المالك الأصيل قادر على الاذن في البيع الواقع فضولا وإن لم يكن العاقد قادرا على التسليم حين إجراء العقد، وهذه القدرة مؤثرة في صحة العقد وكافية في ذلك.

فأجاب عن الوهم ما حاصله:

إن قدرة الموكل إنما تؤثر إذا كان العقد حين صدوره مبنيا على الإجازة من قبل العاقد الفضولي، وعلى اتفاق البائع والمشتري على ذلك.

ومن الواضح عدم وجود هذا البناء وهذا الاتفاق حين إجراء العقد من الفضولي والمشتري.

(4) تعليل لتأثير قدرة المالك الأصيل في العقد الفضولي إذا كان -

ص: 137

بيع المأذون لا تكفي فيه قدرة الأذن مطلقا، بل مع الشرط المذكور (1) وهو غير متحقق في الفضولي، و البناء على القدرة الواقعية باطل، اذ الشرط هي القدرة المعلومة (2)، دون الواقعية.

إلى أن قال (3): و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد (4) و بعدها (5) إن وجدت لم تنفع.

ثم قال (6): لا يقال: إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك، وأنه (7) لا يخرج عن رأيه (1) فيتحقق له بذلك القدرة على

+++++

- مبنيا على الاجازة وعلى الاتفاق المذكور.

و قد عرفته في الهامش 3 ص 137 عند قولنا: و من الواضح.

(1) و هو البناء، و الاتفاق المذكورين في الهامش 3 ص 137

(2) أي في الظاهر، لا في الواقع.

(3) أي السيد بحر العلوم في مصابيح.

(4) لعدم وجود قدرة للعائد الفضولي حين اجراء العقد، لأن المالك لم يأذن له.

و القدرة الواقعية للمالك ليس لها اثر حين إجراء العقد، لعدم رضاء المالك حين العقد.

(5) أي القدرة بعد الإجازة الصادرة من المالك لم تنفع في صحة العقد، لاعتبار القدرة حين العقد، لا بعده.

(6) أي السيد بحر العلوم قال في مصابيح.

(7) أي العائد الفضولي لا يخرج عن رأي المالك الأصيل، لأنه لا محالة يسترضيه فيثبت للفضولي بهذا الاسترضاء اقتداره على تسليم

المبيع للمشتري حال إجراء العقد.

ص: 138

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

التسليم حال العقد، لأن (1) هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضولياً، لمصاحبة الاذن للبيع.

غاية الأمر حصوله (2) بالفحوى، وشاهد الحال: وهما (3) من أنواع الاذن، ومع الاذن لا يكون فضولياً، ولا تتوقف صحة بيعه على الإجازة.

ولو سلمنا بقاءه (4) على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (5).

+++++

(1) هذا جواب من السيد بحر العلوم عن لا يقال.

(2) أي حصول الاذن.

(3) أي الفحوى، وشاهد الحال.

(4) أي لو تنازلنا عن مقالتنا: وهو خروج هذا العقد الفضولي عن كونه فضولياً، وقلنا: إنه باق على صفته السابقة وهي الفضولي

لكن نقول: ان القائلين بصحة العقد الفضولي بعد صدور الإجازة من المالك الأصلي لا يحصرون الصحة على هذا الفرض: وهو حصول الوثوق للعاقد الفضولي بإرضاء المالك، وعدم خروجه عن رأيه.

بل يحكمون بصحة كل عقد فضولي بعد صدور الاجازة.

(5) إلى هنا كان كلام (السيد بحر العلوم) قدس سره في (مصايحه).

ولها صلة مذكورة هناك أليك نصها:

(كما يعلم من الرجوع إلى كلماتهم وتقريراتهم التي فرعوها على هذا الأصل).

والشيخ قدس سره لم ينقل نص العبارات بحذافيرها وأعيانها، والتي نقلت هنا بعد مراجعتنا المصدر وجدنا الاختلاف الشاسع بينهما -

- ونقل نص عبارة المصاييح بتفصيلها في تعليقتنا على المكاسب يحتاج إلى مئونة زائدة تخرجنا عن وضعنا و التعليق على الكتاب.

و أما (كتاب المصاييح) فهو مؤلف شريف و مصنف عظيم محتو على أمهات أبواب الفقه:

الطهارة - الصلاة - الزكاة - الحج - التجارة - البيع - المساقاة - الإجارة - الوكالة - الوصية - النكاح - الطلاق - الصيد و الذباجة -
المواريث - الشهادات.

و الكتاب هذا مع نقصانه من بقية أبواب الفقه نفيس جدا، لاحتوائه على تحقيقات علمية، و قواعد فقهية، و فروع كثيرة مفيدة جدا.

و كل هذه القواعد و الفروع و التحقيقات العلمية تدل على غزارة علم المؤلف، و كثرة احاطته بجوانب المسائل.

و كفى في عظمة الكتاب و أهميته أن شيخنا الفقيه المتبحر الزخار (الشيخ محمد حسن) صاحب الجواهر قدس سره مع غزارة علمه، و طول باعه في الفقه الذي هو ابن بجدتها قد استفاد من المصاييح مطالب ذكرها في كتابه (جواهر الكلام).

كما أن (شيخنا الأعظم الانصاري) قدس سره في كثير من أبحاثه العلمية في كتابه (المكاسب) هذا الكتاب الذي بأيدينا و نحققه و نعلق عليه قد استفاد من تلك المصاييح، و جعل ما استفاده مورد اهتمامه و نظرياته، فلذا ترى أنه يشكل على كثير من جمل عباراته كل واحدة عقيب سابقتها كما ترى هنا، فإنه قد أورد على مبنى المسألة أولا.

ثم أشكل على قياس السيد بحر العلوم مسألة بيع الفضولي مال -

- الغير لنفسه بمسألة بيع الصرف و السلم ثانيا.

ثم أورد على اعتراض السيد ثالثا.

ثم اعترض على الجواب الأول للسيد رابعا.

ثم أورد على الجواب الثاني للسيد خامسا.

و هكذا في جميع المجالات العلمية المنقولة عن السيد بحر العلوم قدس سره.

و من المؤسف جدا أن الكتاب هذا بما له من الأهمية العلمية، و فوائده الكثيرة لم يطبع لحد الآن، و لم يقدم أحد من أفاضل الحوزة العلمية و رجالها بتحقيق الكتاب و تبويبه و ترقيمه، و ابرازه إلى عالم الوجود، ليضاف هذا التراث النفيس إلى سائر تراثنا الخالد، لتزان به المكتبات، و الحوزات العلمية، و ليستضيء رواد العلم و أبناؤه من تلك المصايح.

هذا بالإضافة إلى أن بعض الأفاضل رحمه الله برحمته الواسعة من مقرري بحث سيدنا الاستاذ (آية الله السيد الخوئي) دام ظله في تقارير درسه المكاسب لم يشر إلى الكتاب أصلا عند ما يعد المصادر الفقهية.

مع أن كثيرا من المتأخرين و على رأسهم العلمان: (الشيخ صاحب الجواهر - و الشيخ الأنصاري) كثيرا ما ينقلان عن المصايح في كتابيهما: (الجواهر - و المكاسب).

و سيدنا الاستاذ دام فضله و علاه من تلامذة هؤلاء الأعلام فكيف خفي على المقرر اسم الكتاب حتى لم يجعله من المصادر.

و الذي زاد في تأسفي أن نسخ الكتاب قليلة جدا حتى أنه لم توجد -

- نسخة كاملة منها في المكتبات العامة و الخاصة بما فيها من الكتب المتنوعة حتى (الرطب و اليابس).

نعم توجد نسخة ناقصة بدايتها من أول كتاب المتاجر إلى آخر الشهادات في مكتبتنا (مكتبة جامعة النجف الدينية) العامرة حتى (ظهور الحجة البالغة) عجل الله تعالى فرجه الشريف.

و نسخة أخرى ناقصة أيضا في مكتبة المرحوم (آية الله السيد الحكيم) قدس سره العامرة إن شاء الله تعالى.

و أعجب من هذا و ذلك أن نسخة الكتاب لا توجد لدى أسرة السيد و أحفاده.

إن هذا لشيء عجاب.

و كان اللازم على الأسرة الاحتفاظ بالكتاب باستنساخه نسخا متعددة لتبقى نسخة لدى كل فرد من رجالات العلم من أحفاد السيد.

و ما أكثرهم بحمد الله و ما شاء الله.

و ظني أن عدم وجود الكتاب سبب أن دعا المقرر المذكور أن لا يذكر الكتاب من جملة المصادر.

نعم عندنا نسخة كاملة خطية نفيسة جدا: من حيث الخط و الورق تاريخ كتابتها عام 1246.

لكنها مليئة بالأغلاط، و فارغة عن بعض الكلمات، لعدم تمكن الكاتب من قراءته النسخة الأصلية.

و النسخة هذه وقف على الحوزة العلمية على طلاب (النجف الأشرف) تفضل بها علينا زميلنا المكرم الباحثة الجليل الحجة السيد حسين بحر العلوم دام فضله.

+++++

- و لو لا تقضله علينا بهذه الانسانية لفاتنا تصحيح كثير من عبارات الكتاب المنقولة هنا، لأننا عند ما راجعنا المصاييح وجدنا بين المنقول هنا، و الموجود هناك اختلافا شاسعا.

فعلى الله العزيز أجره، و منا الشكر المتواصل المتواضع.

كل هذه العوامل دعنتني إلى القيام بطبع الكتاب بحوله و قوته طباعة جيدة أنيقة: من حيث الحروف و الورق بعد تبويبه و التعليق عليه.

و قد شرعت في استنساخ الكتاب و التعليق عليه مع كثرة أشغالي و أهمها التعليق على المكاسب.

(1) من هنا يروم شيخنا الأنصاري أن يورد على ما أفاده السيد بحر العلوم على مبنى مسألة الوكالة فيما إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا في البيع و لوازمه و الموكل أجنبي عن المعاوضة رأسا.

و لم يذكر شيخنا الأنصاري وجه النظر في المبني.

و نحن نذكره حسب ما أفاده تلميذه العلامة المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 462.

أليك الخلاصة.

أما وجه النظر في المبني: و هو اعتبار رضا الموكل و المشتري برجوع أحدهما على الآخر فهو أن تقييد كفاية قدرة الموكل في صورة كون الوكيل وكيلا مفوضا في البيع و لوازمه و الموكل أجنبي بتمام معنى الكلمة: بما اذا رضي المشتري بتسليم الموكل المبيع له، و رضي المالك برجوع المشتري عليه مما لا وجه له، لعدم دخل شيء من رضا المشتري و المالك في تحقق مفهوم القدرة على التسليم لكفاية قدرة المالك مع -

ذكره من مبنى مسألة الفضولي، ثم (1) في تفريع الفضولي، ثم في (2) الاعتراض الذي ذكره، ثم (3).

+++++

- علم المشتري بها.

اللهم إلا أن يقال بعدم كفاية قدرة المالك في صورة كون الوكيل وكيلا مفوضا في البيع و لوازمه، وإذا قلنا بذلك فلا يكون رضاها سببا لجعل قدرة المالك كافية.

(1) هذا إشكال من الشيخ على ما أفاده السيد بحر العلوم من تفريع مسألة بيع الفضولي مال الغير لنفسه على مسألة الوكالة، وقياسه هذه المسألة بتلك المسألة بقوله في ص 237: وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي.

و خلاصة الإشكال أنه لا ربط ولا مساس لهذه المسألة بتلك عدم الملازمة بين ثبوت حكم في الوكيل و الموكل، و ثبوته في الفضولي و صاحبه.

(2) هذا إشكال من الشيخ على ما أفاده (السيد بحر العلوم) في الاعتراض بقوله في ص 138: لا يقال: إنه قد يحصل.

و خلاصته أن حصول الوثوق بإرضاء المالك، و عدم خروج الفضولي عن رأى المالك إنما يصير سببا لتحقق القدرة على التسليم في المستقبل و هو الزمان بعد زمان رضى المالك، لا لتحقق القدرة حال انعقاد العقد.

(3) هذا إشكال من الشيخ على ما أفاده السيد بحر العلوم في الجواب الأول عن الاعتراض المذكور بقوله في ص 139: لأن هذا الفرض.

و خلاصة الإشكال أن الفرض المذكور لا يجعل الاذن مصاحبا -

ص: 144

في الجواب عنه أولاً، و ثانياً تأمل (1)، بل نظر فتدبر.

+++++

- للبيع، بل غاية ما في الباب أن الاذن يكون متعقبا لرضى المالك و أين هذا من مصاحبة الرضا للعقد؟

ثم إنه من الممكن أن يقال: إن الاذن المقارن للبيع الفضولي الحاصل بالفحوى، أو بشاهد الحال هو السبب لخروج الفرض المذكور:

و هو وثوق الفضولي بإرضاء المالك فيما بعد عن عنوان بيع الفضولي لمقارنة العقد حين صدوره برضى المالك.

(1) هذا إشكال من الشيخ على ما أفاده السيد بحر العلوم في الجواب الثاني عن الاعتراض بقوله في ص 139: ولو سلمنا بقاءه.

و خلاصة الإشكال: أن عدم اكتفاء الفقهاء في صحة البيع الفضولي بالفرض المذكور: و هو وثوق البائع الفضولي بإرضاء المالك موقوف على اعتبار القدرة على التسليم في الفضولي، قياسا له بمسألة الصرف و السلم.

وقد عرفت ضعف هذا البناء و القياس في الهامش 1 ص 144 عند قولنا: و خلاصة الإشكال أنه لا ربط و لا قياس.

ص: 145

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفردا

(مسألة):

لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة (1) بل إجماعا كما في الخلاف (1) و الغنية (2) و الرياض (3)، و بلا خلاف كما عن كشف الرموز، لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف، و مع احتمال (2) بيع غرر منفي إجماعا نصا (3) و فتوى، خلافا لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا.

و لعله الاسكافي، حيث إن المحكي عنه أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمه البائع (4)، انتهى

وقد تقدم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم (4).

وقد عرفت ضعفه (5).

+++++

(1) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 29 عند قوله: و المشهور عند علمائنا أنه لا يصح بيع العبد الآبق منفردا.

(2) أي و مع احتمال الظفر بالعبد الآبق.

(3) المراد من النص النبويان المشهوران.

في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا غرر في البيع.

و في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا تبع ما ليس عندك.

وقد أشير إلى الحديثين في الهامش 4 ص 94.

(4) في ص 126 بقوله: إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط.

(5) بقوله في ص 128: وفيه ما عرفت من الاجماع.

ص: 146

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

4- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

لكن يمكن أن يقال بالصحة (1) في خصوص الآبق، لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصا مع تقييد الاسكافي بصورة ضمان البائع فإنه يندفع به (2) الغرر عرفا.

لكن سيأتي ما فيه (3).

فالعمدة (4) الانتفاع بعتقه، وله وجه لولا النص الآتي (5) و الاجماع المتقدمة (6).

مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرج عن الغرر.

و كما لا يجوز جعله (7) مثمنا لا يجوز جعله منفردا ثمنا، لاشتراكهما في الأدلة.

+++++

(1) أي بصحة العقد في خصوص العبد الآبق الذي لا يكون للمالك قدرة على تسليمه للمشتري.

(2) أي بضمان البائع بالتسليم لقاعدة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

(3) أي يأتي قريبا فيما أفاده الاسكافي: من دفع الغرر بضمان البائع في ص 157 بقوله: ولكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث

(4) أي الاساس في جواز بيع العبد الآبق منفردا هي صحة الانتفاع به بعتقه.

(5) أي في المسألة الآتية في ص 162 بقوله:

مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة.

(6) المنقولة في ص 146 بقوله:

بل اجماعا كما في الخلاف و الغنية و الرياض.

(7) أي جعل العبد الآبق منفردا.

ص: 147

وقد تردد (1) في اللمعة في جعله ثمنا بعد الجزم (2) بمنع جعله ثمنا وإن قَرَّب (2) أخيرا المنع منفردا.

و لعل (4) وجه الاستناد في المنع عن جعله ثمنا هو النص و الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالثمن، دون نفي الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق.

+++++

(1) أى الشهيد الأول قدس سره قد تردد في اللمعة في جعل العبد الآبق ثمنا بلا ضم ضميمة.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 251 عند قوله: وفي احتياج العبد الآبق المَجْعول ثمنا إلى الضميمة احتمال

(2) أى تردد الشهيد الأول في جعل العبد الآبق ثمنا كان بعد قطعه بعدم جواز جعل العبد الآبق ثمنا.

راجع (المصدر نفسه) ص 249 عند قوله: (و لو باع الآبق صح مع الضميمة)، فإن مفهومه أن البيع بلا ضم ضميمة باطل.

(3) أى الشهيد الأول قَرَّب أخيرا منع جعل العبد الآبق ثمنا بلا ضم ضميمة عند قوله: (و لعله الأقرب) أى و لعل الاحتياج إلى الضميمة أقرب إلى صحة جعل العبد الآبق ثمنا، فإن مفهومه أن جعل العبد الآبق ثمنا منفردا و بلا ضم ضميمة باطل.

راجع المصدر نفسه ص 251-252.

(4) مقصود الشيخ قدس سره من هذا الكلام بيان أن مبنى الشهيد الأول في منعه عن بيع العبد الآبق منفردا و عدم جواز جعله ثمنا لعل هو النص الآتي في المسألة الآتية في ص 162: و هي مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة.

و الاجماع المتقدمة المشار إليها في ص 146.

ص: 148

و يؤيده (1) حكمه بجواز بيع الضال و المحجور مع خفاء الفرق بينهما و بين الأبق في عدم القدرة على التسليم.

و نظير ذلك (2) ما في التذكرة، حيث ادعى أولا الاجماع على

+++++

- لا قاعدة نفي الغرر، لا مكان منع إتيان هذه القاعدة في بيع العبد الأبق الذي يجوز الانتفاع بشرائه بعنقه في سبيل الله.

إذا ينحصر الدليل في المنع بالدليل التعبدى: و هو النص و الاجماع دون القاعدة المذكورة، لعدم وجود الغرر بعد إمكان الانتفاع من العبد بعنقه فلا مجال لاتبانه.

(1) أى و يؤيد ما قلناه: من أن مستند منع الشهيد عن بيع العبد الأبق و جعله مثمنا لعل هو النص و الاجماع، دون قاعدة نفي الغرر، لا مكان عدم مجيئها في العبد الأبق إذا اشترى و عتق في سبيل الله: حكم الشهيد بجواز بيع الضال و المحجور، مع أن الملاك في العبد الضال و الشيء المحجور، و في العبد الأبق واحد: و هو عدم قدرة البائع على التسليم

فلو كان دليل المنع هو قاعدة الغرر لما كان لحكمه بجواز بيع الضال و المحجور مجال: لوجود الغرر هنا، لعدم قدرة البائع على تسليمهما للمشتري، فيلزم التنافي بين حكميه في العبد الأبق، و العبد الضال و المحجور.

فظهر أن الملاك في عدم جواز بيع العبد الأبق عند الشهيد هو النص و الاجماع المذكوران.

(2) أى و شبه ما أفاده الشهيد في اللمعة في الفرق بين العبد الأبق بعدم جواز بيعه منفردا.

و بين العبد الضال و المحجور بجواز بيعهما الظاهر منه التنافي:

ما أفاده العلامة في التذكرة.

اشترط القدرة على التسليم، ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثم قال: و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا.

إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، و حكاه عن بعض العامة أيضا.

ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا، أو اشتراط الضميمة، فإن التنافي بين هذه الفقرات الثلاث (1) ظاهر (2).

+++++

(1) المراد من الفقرات الثلاث هو ما يلي:

(الفقرة الاولى): ادعاء العلامة في التذكرة الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم.

و الغاية من هذا الاشتراط هو إخراج كل مبيع لم يتمكن البائع من تسليمه للمشتري، و من تلك الموارد و المصاديق هو بيع العبد الآبق، فإنه لا يجوز بيعه منفردا.

(الفقرة الثانية): هو وقوع النزاع بين المشهور، و بين بعض الأصحاب في صحة بيع العبد الآبق منفردا، و عدم صحته.

(الفقرة الثالثة): هو تردد العلامة في جواز بيع العبد الضال منفردا، و عدم قطعه بالفساد.

(2) وجه ظهور التنافي بين الفقرات الثلاث هو أن العلامة ادعى عدم جواز بيع الآبق منفردا و نسبه إلى المشهور.

ثم أفاد جواز بيع العبد الضال منفردا، مع اتحاد الملاك فيه و في العبد الآبق: و هو عدم قدرة البائع على التسليم.

ثم أفاد ثانيا بعدم جواز بيع العبد الضال إلا مع الضميمة.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة. الجزء السابع ص 29-30

ص: 150

والتوجيه (1) يحتاج إلى تأمل.

+++++

- ثم لا يخفى عليك أن التنافي موجود بين الفقرتين الأخيرتين و الفقرة الاولى، لأن الفقرة الاولى المشار إليها في الهامش 1 ص 150 دالة على عدم جواز بيع الأبق منفردا.

و الفقرة الثانية دالة على جواز بيع الضال منفردا.

و الفقرة الثالثة دالة على جواز بيع الضال منضمًا بالفقرتان الأخيرتان مع الفقرة الاولى متباينتان متنافرتان.

و أما نفس الفقرة الثانية و الثالثة فلا منافاة بينهما كما عرفت.

و الظاهر أن الشيخ قدس سره أراد من التنافي بين الفقرات الثلاث هو التنافي بين الفقرة الاولى و الثانية.

و بين الفقرة الاولى و الثالثة فبهذه المناسبة أفاد التنافي بين الفقرات الثلاث.

(1) أي توجيه كلام العلامة في التذكرة حتى يرتفع التنافي بين هذه الفقرات الثلاث محتاج إلى التأمل: بأن يقال: إن الاجماع المذكور في التذكرة القائم على اشتراط القدرة على التسليم المخرج للبيع عن الغررية إنما هو لأجل أن يتمكن المشتري من التصرف.

و من الواضح أن العبد الأبق بعته في سبيل الله يكون ممكن التصرف فيخرج البيع عن كونه غرريا، فلا يشمل الحديث النبوي فيعه خارج عن تحت تلك المسألة الاجماعية.

و المشهور إنما ذهب إلى فساد بيعه منفردا، للنص إذا فلا تنافي بين الاجماع المدعى المعبر عنه بالفقرة الاولى و بين حكمه بجواز بيع العبد الضال منفردا المعبر عنه بالفقرة الثانية.

ص: 151

و كيف كان (1) فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه فتعتبر فيه القدرة على التسليم؟

وجهان: بل قولان.

من (2) عمومات الصلح، و ما (3) علم من التوسع فيه، لجهالة المصالح عنه إذا تعذرت، أو تعسرت معرفته، بل مطلقا (4).

+++++

(1) يعني أي شيء قلنا في هذه المسألة.

(2) هذا دليل لعدم إلحاق الصلح بالبيع، وأنه لا تعتبر فيه القدرة على التسليم، فإن الأخبار الواردة في الصلح عامة لا تقييد فيها بالصلح على شيء مقدور التسليم.

و أما العمومات الواردة في الصلح فقولها عليه السلام:

(الصلح جائز بين الناس، فالصلح في هذا الخبر عام يشمل الحالتين:

حالة القدرة على التسليم، و حالة عدم القدرة على التسليم.

وقوله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم:

البينة على المدعي، و اليمين على المدعى عليه.

و الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما، أو حرّم حراما.

فالصلح في هذا الحديث عام يشمل الحالتين المذكورتين.

راجع الحديث الأول (وسائل الشيعة) الجزء 13 ص 164.

الباب 2. الحديث 1.

و راجع الحديث الثاني (المصدر نفسه) الحديث 2.

(3) هذا من متممات الدليل على عدم إلحاق الصلح بالبيع في اعتبار القدرة على التسليم فيه، أي الدليل الثاني على عدم الإلحاق هو مجال التوسع في الصلح الذي علم في الخارج.

(4) أي سواء تعذرت، أو تعسرت معرفة المصالح عنه أم لا.

و اختصاص (1) الغرر المنفي بالبيع.

و من (2) أن الدائر على السنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتى أنهم (3) يستدلون به في غير المعاوضات كالوكالة، فضلا عن المعاوضات كالإجارة، و المزارعة، و المساقاة و الجعالة.

بل (4) قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم:

أنه نهى عن الغرر.

+++++

(1) هذا من متممات الدليل على عدم إلحاق الصلح بالبيع في اعتبار القدرة على التسليم، ففي الواقع هو دفع وهم.

أما الوهم فحاصله أنه إذا لم تعتبر القدرة على التسليم في الصلح يلزم الغرر و الغرر منفي كما عرفت أكثر من مرة.

فأجاب عن الوهم ما حاصله: أن الغرر المنفي في الحديث النبوي مختص بالبيع و لا يشمل الصلح.

(2) هذا دليل لإلحاق الصلح بالبيع في اعتبار القدرة على التسليم فيه.

و خلاصته أن المقتضي للإلحاق موجود، و المقتضي هو استفادة سببية الغرر، و أنه علة للحكم في الحديثين المرويين عن النبي صلى الله عليه و آله.

(أولهما): نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

(و ثانيهما): نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر.

فالغرر عام لا اختصاص له بالبيع فيشمل الصلح.

(3) أي الأصحاب رضوان الله عليهم استدلوا بالغرر حتى في العقود التي ليس فيها معاوضة كالوكالة فكيف بالمعاوضات التي فيها مبادلة مال بمال كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة.

(4) هذا ترق من الشيخ يروم به إلحاق الصلح بالبيع في اعتبار -

وقد رجح بعض الأساطين (1) جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح.

وظاهر المسالك (1) في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه (2).

وأما (3) الضال، والمحجور، والمغصوب، ونحوها مما لا يقدر على تسليمه. فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقا لجماعة، للغرر المنفي المعتضد بالاجماع المدعى (4) على اشتراط القدرة على التسليم.

إلا أن يوهن بتردد مدعيه كالعلامة في التذكرة في صحة بيع

+++++

- القدرة على التسليم.

و خلاصته أنه أصبح حديث نفي الغرر المروي عن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم من المسلمات في كلمات الفقهاء وإن كان هناك ضعف في سنده.

فأخذ الفقهاء الحديث بنحو ارسال المسلمات يكفيننا في اللاحق.

(1) وهو الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره.

(2) أي على الرهن.

(3) أي بيع الضال والمحجور والمغصوب.

فالشيخ في مقام بيع هذه الثلاثة، لا الصلح عليها لكن العبارة موهمة في بادئ الرأي للصلح على هذه الثلاثة ولكن بالتأمل يتبين ما قلناه.

(4) وقد عرفت المدعين للاجماع في ص 63 عند نقل الشيخ عنهم بقوله: كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة أنه إجماع.

وفي المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء.

ص: 154

الضال منفردا (1)، وبمنع (2) الغرر، خصوصا فيما يراد عتقه بكون (3) المبيع قبل القبض مضمونا على البائع.

و أما (4).

+++++

(1) من هنا يروم الشيخ أن يهدم ما بناه: من بطلان بيع الضال والمحجور والمغصوب كما هو ديدنه قدس الله سره في جميع ما أفاده في الكتاب.

فقال: إلا أن نقول برهن الاجماع المدعى من قبل العلامة، حيث تردد في عدم جواز بيع العبد الضال بنقل الشيخ عنه في ص 150:

و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا.

وقد ذكرنا قول العلامة عن التذكرة في الهامش 1 ص 150.

(2) هذا رد على من ادعى الغرر في بيع الضال والمحجور والمغصوب.

و خلاصته عدم صدق الغرر هنا حتى يبطل العقد، لأن المبيع قبل اقباض البائع للمشتري يكون مضمونا على البائع.

وهذه قاعدة كلية ما اختلف فيها اثنان.

فلا يتوجه غرر نحو المشتري حتى يكون المبيع من أفراد الحديث النبوي.

و لا سيما إذا أريد من شراء العبد الضال عتقه في سبيل الله فيصح الانتفاع به حينئذ، فيكون بذل المال ازاء بيع صحيح.

(3) الباء بيان لمنع صدق الغرر وقد عرفته عند قولنا في الهامش 2 من هذه الصفحة: لأن المبيع قبل اقباض.

(4) دفع وهم.

حاصل الوهم أنه إذا جاز بيع العبد الضال والمحجور والمغصوب -

ص: 155

فوات منفعته مدة رجاء الظفر به فهو (1) ضرر قد أقدم عليه.

وجهايتها (2) غير مضرة، مع إمكان العلم بتلك المدة كضالة يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك.

وكذا في المغصوب، والمنهوب (3).

والحاصل أنه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه في حكم

+++++

- كل واحد منهم منفردا لدخل الوهن على الاجماع المذكور، ولمنع صدق الغرر.

فما تقولون في المنافع الفاتئة عن المشتري خلال مدة رجاء الظفر بهم ولم يظفر؟

مع أن المدة الفاتئة تعد ضررا على المشتري وهذا الضرر منفي بالحديث النبوي المذكور فيصدق البيع الغري.

(1) جواب عن الوهم المذكور.

و خلاصته: أن الضرر المذكور إنما جاء من قبل المشتري، لأنه أقدم على ضرر نفسه، لعلمه بكون العبد ضالا، أو محجورا، أو مغصوبا فليس للبائع دخل في الضرر حتى يصدق الغرر.

(2) كأنما هذا دفع وهم آخر.

أما الوهم فهو أن مدة رجاء الظفر بالمذكورين مجهولة لا يعلمها المشتري حتى يكون ضرر فواتها عليه.

إذا يكون الجهل بالمدة المذكورة ضررا فيصدق الغرر فيبطل البيع فأجاب الشيخ عن الوهم بأن هذه الجهالة غير مضرة، لا مكان حصول العلم بتلك المدة كما في الدابة الضالة إذا فتش عنها وفحص مدة ثلاثة أيام ولم توجد يعلم أنها لا توجد بعد تلك المدة فتتفسخ المعاملة حينئذ.

(3) أي حكم العبد المغصوب، أو المنهوب مثل الدابة الضالة في -

التلف المقتضي لانفساخ البيع من أصله.

وفرض (1) عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم المثل، فإنه لا خطر حينئذ في البيع.

خصوصا (2) مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا (3) ولكن (4).

+++++

- كونهما إذا وجدا مدة ثلاثة أيام ولم يوجد يعلم بعدم الحصول عليهما بعد تلك المدة.

(1) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله في ص 156: بعد فرض أي وبعد فرض عدم تسلط البائع على مطالبة المشتري بالثمن، لعدم تسليمه المثل فلا مجال للخطر، وصدق الغرر والضرر بعد هذين الفرضين وهما:

فرض كون اليأس من الظفر في حكم التلف.

وفرض عدم تسلط البائع على مطالبة المشتري بالثمن.

(2) أي ولا سيما لا يصدق الخطر والغرر مع العلم بمدة الرجاء.

(3) أي خذ ما تلوناه عليك حول العبد الضال والمحجور والمغصوب في جواز بيع كل واحد منهم منفردًا، وعدم جوازه.

(4) من هنا يروم الشيخ أن يبني ما هدمه: من وهن الاجماع ومنع الغرر، وعدم كون فوات المدة التي يرجى فيها الحصول على الضال والمحجور، والمغصوب ضررًا، وعدم كون الجهل بالمدة المذكورة ضررًا.

والبناء الجديد هو اثبات عدم صحة العقد على الضال والمغصوب والمحجور.

ص: 157

يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث الغرر كما تقدم: هو ما كان غررا في نفسه عرفا (1)، مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع ولذا (2) قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم (3).

و من (4) المعلوم أن بيع الضال، و شبهه ليس محكوما عليه

+++++

- و خلاصة ما افاده في هذا البناء أنك قد عرفت في ص 120 أن الغرر المنفي في الحديث النبوي هو كل معاملة يراها العرف غررا في نفسه مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية العارضة على تلك المعاملة.

و من المعلوم أن الحكم بضمان البائع للمبيع قبل تسليمه للمشتري وإباضه له حكم شرعي اثبتته الشارع على البائع و عارض على البيع الصحيح الذي في نفسه غرر عرفا.

و من الواضح أن العرف يرى مثل هذه المعاوضة التي لا يتمكن المشتري على حصول العبد الضال في يده غررا يشمله الحديث النبوي فيبطل العقد عليها.

(1) راجع ص 120 عند قوله: اللهم إلا أن يقال: إن المنفي في الحديث النبوي.

(2) أي و لاجل أن المراد من الغرر المنفي في الحديث النبوي هو كل معاملة يراها العرف غررا.

(3) راجع ص 123 عند قوله: اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع.

(4) هذا رد على ما افاده آنفا: بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع، وقد عرفته عند قولنا في هذه الصفحة: و من المعلوم أن الحكم بضمان.

ص: 158

في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه.

فالانفساخ بالتلف حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غررا (1).

و مما ذكر (2) يظهر أنه لا يجدي في رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم.

فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتمد به، وإلا تخير بين الفسخ والإمضاء كما استقر به في اللمعة (3)، فإن ثبوت الخيار حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسليم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا في البيع المبطل له.

لكن قد مرت المناقشة في ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع (4): من (5) ضمانه

+++++

(1) وقد عرفت في الهامش ص 158 أن العرف يحكم بالغرر هنا عند قولنا: و من الواضح أن العرف يرى.

(2) وهو أن بيع الضال وشبهه ليس محكوما عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، وأن الانفساخ بالتلف حكم شرعي عارض للبيع الصحيح.

(3) راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 251 عند قول الشهيدين: فإن امكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع.

(4) عند قوله في ص 123: اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا.

(5) كلمة من بيانية للحكم الشرعي اللاحق للمبيع أي حكم -

ص: 159

قبل العلم(1)، و من (1) عدم التسلط على مطالبة الثمن، فافهم (2).

و لو فرض اخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام امكن جوازه، لعدم الغرر حينئذ عرفا، و لذا (3) لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب (4) للتسلط(2) على الرد.

و لعله لهذا (5) اختار في محكي المختلف تبعا للاسكافي(3) جواز بيع

+++++

- الشارع عبارة عن ضمان البائع للمبيع قبل تسليمه المبيع للمشتري.

(1) هذا من متممات الحكم الشرعي اللاحق للمبيع أي و حكم الشارع عبارة عن عدم تسلط البائع على مطالبة المشتري للثمن قبل أن يسلم المبيع للمشتري.

و خلاصة الكلام أن العرف بعد اطلاعه على هذين الحكمين لم يكن المشتري مغرورا في إقدامه على شراء العبد الضال و المحجور و المغضوب فلا مجال للحكم بصدق الغرر هنا.

(2) اشارة إلى أن ما افاده في ص 159: من منع اطلاق الغرر على مثل هذه المعاملة التي اطع العرف على حكم الشارع بضمان البائع المبيع للمشتري قبل تسليمه له، و بعدم تسلطه على مطالبة الثمن من المشتري: امر دوري، لأن عدم لزوم الغرر عرفا موقوف على حكم الشارع بضمان البائع المبيع للمشتري، و عدم تسلط البائع على مطالبة المشتري بالثمن و حكم الشارع بذلك موقوف على صحة البيع فيلزم الدور.

(3) أي و لاجل عدم وجود الغرر في مثل هذا البيع عرفا.

(4) بالنصب صفة لكلمة ذكر الوصف.

(5) أي و لعل لاجل أن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه في العقد -

ص: 160

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

الآبق إذا ضمنه البائع، فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه.

وعن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه (1)، وإن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل (2).

+++++

- الموجب هذا الذكر للتسلط على الرد.

(1) أي إلى جواز بيع العبد الآبق إذا ضمنه البائع.

(2) إشارة إلى عدم ورود الايراد على جواز بيع العبد الآبق مع اشتراط البائع بضمانه، لأن البيع مع الشرط المذكور يكون من أفراد البيع العرفي و ليس فيه غرر عرفا، فلا يتعلق به نهى حتى يشمله الحديث النبوي المذكور.

ص: 161

مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة

(مسألة):

يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة (1) كما عن الانتصار(1) وكشف الرموز و التنقيح.

بل بلا خلاف كما عن الخلاف(2) حاكيا فيه كما عن الانتصار اطباق العامة على خلافه.

وظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا، حيث حكى احتجاج العامة بالغرر فانكره عليهم (2) مع الضميمة.

وفيه (3) إشكال.

و الأولى لنا التمسك قبل الاجماع(3) المحكية المعتضدة بمخالفة من (4) جعل الرشد في مخالفته: بصحيفة رفاة النخاس.

+++++

(1) أي لا في جميع الموارد حتى ولو لم يوجد الآبق.

(2) وجه الإنكار على (فقهاء اخواننا السنة) أن المعاملة إنما وقعت على الضميمة، و الثمن بذل بإزاء تلك الضميمة، وأن شيئا قليلا من الثمن كان بإزاء العبد الآبق، و كان وقوع المعاملة على هذه الضميمة باذن من الشارع، فلا مجال للإنكار و القول بعدم صحة البيع.

(3) أي وفي خروج بيع العبد الآبق مع الضميمة عن البيع الغرري إشكال.

وجه الإشكال أن الغرر الحاصل بالآبق لا يرتفع بالضميمة.

(4) المراد بكلمة من الموصولة (فقهاء اخواننا السنة)، فإنهم كما عرفت في الهامش السابق خالفوا الامامية في جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة.

ص: 162

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام.

أ يصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الآبقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا؟

قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً:

ثوباً، أو متاعاً فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فإن ذلك جائز (1).

و موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله؟

فقال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر فيقول:

اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا.

فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه (2).

و ظاهر السؤال (3)

+++++

(1) راجع (اصول الكافي) الجزء 5 ص 194 الحديث 9.

فالشاهد في قوله عليه السلام: فإن ذلك جائز حيث دل على جواز البيع الجارية الآبقة مع الضميمة.

و المراد من النخاس هنا بيع العبيد و الرقيق.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 263 الباب 11 - الحديث 2.

فالشاهد في قوله عليه السلام: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، حيث دل على جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة.

(3) أي و ظاهر السؤال في الرواية الاولى: و هي صحيحة رفاعة النخاس المشار إليها في ص 162.

و جواب الامام عليه السلام في الرواية الثانية: و هي موثقة سماعة -

ص: 163

في الاولى، و الجواب في الثانية (1) الاختصاص (2) بصورة رجاء الوجدان.

و هو (3) الظاهر أيضا من معاهد الاجماع المنقولة.

فالمأبوس (4) عادة من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله

+++++

- المشار إليها في ص 163.

مقصود الشيخ من هذا الكلام تقييد جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة بصورة وجدانه و الحصول عليه، لا مطلقا حتى ولو لم يوجد.

و استدل على ذلك بسؤال الراوي في الرواية الاولى، حيث إن السؤال مشتمل على الطلب في قول الراوي: و اطلبها أنا، إذ لو لم يكن له رجاء على وجدان الجارية الآبقة لما كان لقوله: و اطلبها أنا وجه.

و كذلك استدل على ذلك بجواب الامام عليه السلام في قوله في موثقة سماعة: فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه، حيث دل الجواب على أن عدم قدرة البائع على حصول العبد الآبق في صورة اليأس عن الظفر به.

لا في صورة الرجاء به و الحصول عليه.

إذا انحصر جواز بيع العبد الآبق في صورة رجاء الحصول عليه و الظفر به و وجدانه، لا مطلقا حتى ولو لم يوجد.

(1) أي الرواية الثانية: و هي موثقة سماعة المشار إليها في ص 163.

(2) أي اختصاص جواز بيع العبد الآبق بصورة الوجدان كما عرفت.

(3) أي الاختصاص المذكور هو ظاهر الاجماع المنقولة أيضا.

(4) الفاء تفریع على ما افاده: من اختصاص جواز بيع العبد -

ص: 164

جزءاً من المبيع، لأن (1) بذل جزء من الثمن في مقابله (2) لو لم يكن سفهاً، أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله (3) مثنياً يباع به مستقلاً.

فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهي عن الغرر، السليم (4) عن المخصص.

نعم يصح تملكه (5) على وجه التبعية للمبيع باشتراط، ونحوه.

وأيضاً (6) الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها.

+++++

- الآبق مع الضميمة بصورة رجاء حصوله ووجدانه أي ففي ضوء ما ذكرنا أنه لا يجوز جعل العبد الآبق جزء من المبيع حتى يبدل بإزائه جزء من الثمن.

(1) تعليل لعدم جواز جعل العبد الآبق جزء من المبيع.

و خلاصته: أن هناك ملازمة بين جواز جعل العبد الآبق جزء للمبيع، وبين جواز جعله تمام المبيع.

ولازم هذا جواز بيع الآبق منفرداً ومستقلاً وبلا ضم شيء معه مع رجاء الوجدان والحصول عليه، مع أنه باطل إجماعاً.

(2) أي في مقابل هذا العبد الآبق المأيوس من الظفر به.

(3) أي جعل هذا العبد المأيوس من الظفر به.

(4) أي هذا النهي سالم عن التخصيص.

(5) أي تملك هذا العبد المأيوس من الظفر به على وجه تبعيته للمبيع الآخر: وهي الضميمة، فكما أن المشتري يملك الضميمة في هذه المعاملة.

كذلك يملك العبد الآبق المأيوس من الظفر به بالتبع.

(6) أي كما أن الظاهر من الروايتين المتقدمتين في ص 162-163 هو -

ص: 165

و أما صحة بيعها (1) منفردة فلا تظهر من الرواية.

فلو أضاف إلى الضميمة (2) ما لا يتعذر تسليمه كفى، ولا يكفي ضم المنفعة.

إلا (3) اذا فهمنا من قوله عليه السلام: فإن لم يقدر، إلى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته للثمن، فيكون ذكر

+++++

- اختصاص جواز بيع العبد الأبق بصورة رجاء الظفر به.

كذلك ظاهرهما أن تكون الضميمة عينا حتى يصح بيعها، لا منفعة لأن فيهما لفظ الاشتراء الظاهر في العين، لأنها تكون متعلق الشراء.

و من المعلوم أن تملك المنفعة التي تضم لا يتحقق إلا بعقد آخر أو بجعله شرطا و تابعا، و هما لا استفادان من الصحيحة، و الموثقة.

فالخلاصة أنه يعتبر في الضميمة شيان:

(الأول): قابليتها للبيع فيها يخرج ضم المنفعة.

(الثاني): قابليتها للبيع منفردة و مستقلة فيها يخرج ضم شيء قليل خارج عن الملكية كضم حبة حنطة مثلا.

أما الاعتبار الأول فلما عرفت في هذه الصفحة: من أن لفظ الشراء في الرويتين ظاهر في العين.

و أما الاعتبار الثاني فلوقوع الثمن ازاء الضميمة إذا لم يوجد العبد فلا بد من كونها متمولة حتى يبذل بإزائها الثمن.

(1) أي صحة بيع الضميمة مستقلة و منفردة لا تظهر من الصحيحة المشار إليها في ص 162، و الموثقة المشار إليها في ص 163.

(2) بأن كانت الضميمة غير قابلة للتسليم أيضا فضم إليها شيء آخر قابل للتسليم صحت المعاوضة.

(3) هذا استثناء من عدم جواز جعل المنفعة ضميمة العبد الأبق -

ص: 166

اشترط الضميمة معه من باب المثال، أو كناية عن نقل مال، أو حق إليه مع الآبق، لئلا يخلو الثمن عن المقابل، فتأمل (1).

ثم إنه لا- إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري، إلا أنه لو بقي على إباقه و صار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء وإن اقتضت قاعدة التالف قبل القبض (2) استرداد ما قابله من الثمن.

فليس (3) معنى الرواية أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة

+++++

- و خلاصته أن المناط و العلية في ضم الضميمة في بيع الآبق لو كان إمكان قابليتها لبذل الثمن بإزائها فلا مانع من ضم المنفعة المعلومة إلى الآبق، لقابليتها لبذل الثمن إزاءها.

فحينئذ يكون لفظ الاشتراء في الصحيحة و الموثقة الظاهر في العين من باب المثال، أو كناية عن أنه لا بد من أن ينتقل إلى المشتري شيء آخر مع الآبق حتى يخرج البيع عن كونه بيعا غريبا.

(1) الظاهر أن الامر بالتأمل لأجل أن صريح الصحيحة و الموثقة هو تعلق الشراء بشخص الضميمة و عينها كما في قوله عليه السلام:

اشترى منك هذا الشيء و عبدك.

و من الواضح أن تملك المنفعة لا يتحقق إلا بعقد آخر، أو بجعله شرطا و تابعا، مع أنه ليس شيء منهما في الصحيحة و الموثقة.

(2) و هي قاعدة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع

(3) الفاء تفرع على ما أفاده: من عدم حق للمشتري في الرجوع على البائع في شيء من الثمن لو بقي العبد على إباقه أي ففي ضوء ما ذكرنا لا يكون معنى قوله عليه السلام في الرواية التي هي موثقة سماعة المشار إليها في ص 163:

فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه:

ص: 167

على الضميمة و الثمن، لتكون المعاوضة على المجموع، مراعاة لحصول الآبق في يده كما يوهمه (1) ظاهر المحكي عن كاشف الرموز: من (2) أن الآبق ما دام أبقا ليس مبيعا في الحقيقة، ولا جزء مبيع.

مع أنه (3) ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرناه (4).

+++++

- وقوع المعاوضة على الضميمة و الثمن، لتكون المعاوضة على المجموع من حيث المجموع، وأنها معلقة على حصول الآبق في يد المشتري.

فإن حصل فلا شيء له من الثمن على البائع.

وإن لم يحصل فقد وقعت المعاوضة على الضميمة ابتداء فقط.

(1) أي كما يوهم ظاهر المحكي عن صاحب كاشف الرموز وقوع المعاوضة على المجموع معلقا على حصول الآبق في يد المشتري.

(2) كلمة من بيان للمحكي عن صاحب كاشف الرموز، وهذا المحكي هو الموهوم.

و خلاصة المحكي أن العبد ما دام باقيا على اباقه لا يكون مبيعا في الواقع، ولا جزء مبيع.

(3) أي صاحب كاشف الرموز.

(4) وهو عدم ضمان البائع للعبد، وعدم حق للمشتري في استرجاع شيء من الثمن.

ثم لا يخفى عليك أن قوله عليه السلام في موثقة سماعة المشار إليها -

ص: 168

بل معناها (1) أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله (2) التالف (3) بما يقابله من الثمن.

ولو تلف (4) قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري إشكال (5).

+++++

- في ص 163: فإن لم يقدر على العبد كان الذي تقدمه فيما اشترى منه له احتمالات ثلاثة:

(الأول): عدم ضمان البائع للعبد، وعدم حق للمشتري في استرجاع شيء من الثمن إذا لم يظفر به، فيخصص بهذا القاعدة الكلية:

كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع.

وهذا ذهب إليه الشيخ قدس سره.

(الثاني): أن المبيع قبل الظفر بالعبد هي الضميمة فقط، وأن وقوع جزء من الثمن ازاء العبد موقوف على الظفر به.

وهذا ذهب إليه صاحب كاشف الرموز.

(الثالث): أن المبيع هو مجموع العبد والضميمة، فإذا لم يظفر المشتري بالعبد تنحل المعاوضة الواقعة على المجموع وتوجد معاوضة

جديدة قهرية بين الضميمة، وبين مجموع الثمن.

(1) أي معنى الرواية التي هي موثقة سماعة المشار إليها في ص 163

(2) مرجع الضمير (ما الموصولة) في قوله: بما.

و المراد من الموصول جزء من الثمن الذي يقابل التالف.

(3) المراد من التالف هو العبد الآبق.

(4) أي العبد الآبق.

(5) منشأ الإشكال أمران:

(الأول): اطلاق قوله عليه السلام في الموثقة المشار إليها في -

ص: 169

ولو تلفت الضميمة قبل القبض (1)(1)، فإن كان (2) بعد حصول الآبق في اليد فالظاهر الرجوع بما قابلته

+++++

ص 163: فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه، حيث إن عدم الظفر بالعبد أعم من أن يكون باليأس، أو بتلفه قبل اليأس فهذا الإطلاق موجب لوقوع الثمن ازاء الضميمة فقط.

فهو كناية عن عدم ضمان البائع للمشتري شيئاً من الثمن.

وعن عدم حق للمشتري في استرجاع شيء من الثمن.

فالضرر يتوجه نحو المشتري، فتخصص قاعدة:

كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه، لأن اليأس من الظفر بالعبد بمنزلة التلف، لا التلف الحقيقي.

(الثاني): انصراف اليأس من الظفر بالعبد إلى الانصراف الحقيقي لا ما كان بمنزلة التلف، فحينئذ قاعدة:

كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه لا تنخرم.

بل تبقى على عمومها فيتمسك بها في ضمان البائع.

فلمشتري حق استرجاع شيء من الثمن.

فهذا الانصراف موجب لضمان البائع.

ثم لا يخفى عليك أن ضمان البائع للعبد في هذه الصورة مبني على وقوع شيء من الثمن ازاء الآبق قبل حصوله في يده.

وعلى أن العبد مبيع، لا أنه معلق على حصوله في اليد كما ادعاه صاحب كاشف الرموز، ولو لا هذا لما كان للضمان وعدمه مجال.

(1) أي قبل قبض العبد الآبق.

(2) أي تلف الضميمة.

ص: 170

الضميمة (1)، لا مجموع الثمن، لأن الأبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقا، لا بعد الحصول في اليد (2).

و كذا (3) لو كان بعد اتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم كما لو أرسل إليه طعاما مسموما، لأنه (4) بمنزلة القبض.

وإن كان (5) قبله ففي انفساخ البيع في الأبق تبعا للضميمة، أو بقائه بما قابله من الثمن.

وجهان:

+++++

(1) فكل مقدار من الثمن وقع ازاء الضميمة يسترجعه المشتري

(2) لأنه بعد الحصول في اليد يوزع عليه الباقي من الثمن بعد إخراج ثمن الضميمة.

(3) أي و كذا لو كان تلف الضميمة بعد إتلاف المشتري العبد الأبق كما مثل له الشيخ قدس سره، فإن حكمه حكم التلف بعد حصول العبد في يد المشتري.

فكما أنه يوزع قسم من الثمن على العبد بعد حصوله في يد المشتري بعد إخراج ثمن الضميمة، وأن المشتري يرجع على البائع في ثمن الضميمة.

كذلك في صورة تلف الضميمة بعد إتلاف المشتري العبد، فإن المشتري يرجع على البائع في ثمن الضميمة.

(4) أي لأن إتلاف المشتري العبد باطعامه السم بمنزلة قبضه العبد الأبق من البائع.

(5) أي إن كان تلف الضميمة قبل حصول العبد في يد المشتري وقبل إتلافه العبد.

ص: 171

من (1) أن العقد على الضميمة(1) إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق، لأنه (2) كان سببا في صحته.

و من (3) أنه كان تابعا(2) له في الحدوث فيما إذا تحقق تملك المشتري له فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأسا هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه، و بين ما يخصه من الثمن

+++++

(1) دليل لبقاء بيع العبد على عقده، و عدم انفساخ العقد فيه، و أنه يقابل جزء من الثمن لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري.

(2) أي لأن العقد على الضميمة سبب في صحة العقد على العبد الآبق فهو تعليل لعدم تبعية العقد على الآبق للعقد على الضميمة فلا ينسخ بتلف الضميمة، لأن العقد كما عرفت واقع على المجموع و إن كان ضم الضميمة و العقد عليها شرطا في صحة العقد على الآبق. فالضميمة شرط في تنفيذ المعاوضة و المعاملة على العبد الآبق.

أما تلفها بعد التنفيذ و التأثير فلا يوجب بطلان البيع، لعدم ترتب التأثير شيئا فشيئا حتى تحتمل شرطية وجود الضميمة بقاء، كما كانت شرطية وجودها حدوثا.

بل التلف في الضميمة لا يؤثر إلا في الانفساخ الذي يؤكد صحة البيع.

فتلف الضميمة في الواقع قبل تلف الآبق لا يوجب إلا انفساخ المعاملة بالنسبة إلى الضميمة فقط.

(3) دليل لانفساخ العقد على العبد الآبق تبعا للضميمة أي و من أن العقد على الضميمة، و الإقدام عليه لمّا كان تبعا و طفيليا للعقد على الآبق في الحدوث و الوجود لو تحقق للمشتري تملك الآبق.

ص: 172

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

لا (1) الحكم الاخر الذي كان يتبعه في الابتداء.

لكن ظاهر النص (2) أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا و لا يوضع له شيء منه ابدا على تقدير عدم الظفر به.

و من هنا (3) ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط، لاشتراط خيار يخص بها.

نعم لو عقد على الضميمة فضولا و لم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع.

ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا.

إما بعد القدرة عليه، أو قبلها كان له الرجوع بارشءه، كذا قيل.

+++++

- فاللازم من هذه التبعية و الطفيلية في جعل الضميمة التي لم يعقد عليها مستقلا: انحلال مقابلة العبد لجزء من الثمن، الحاصلة هذه المقابلة بين العبد، و بين ما يخصه من الثمن فيما إذا تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري.

فينفسخ العقد على الآبق بتلف الضميمة في هذه الصورة.

(1) أي و ليس لازم جعل الضميمة هو الحكم بصحة العقد على الآبق الذي كان يتبع البيع على الضميمة ابتداء.

(2) المراد من النص هو قوله عليه السلام في موثقة سماعة المشار إليها في ص 163: فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه، حيث إنها صريحة في أن الثمن بتمامه ازاء الضميمة في صورة عدم ظفره على الآبق.

(3) أي و من القول بالوجهين المذكورين في ص 172 في صورة تلف الضميمة. قبل تلف الآبق، و قبل حصوله في يد المشتري: يظهر حكم فسخ العقد من جهة الضميمة لو جعل لها الخيار في متن العقد، أو خارجه، فإن الوجهين المذكورين و هما:

البقاء على عقد الآبق، أو فسخه تبعا للضميمة باقيا في صورة فسخ الضميمة.

ص: 173

(مسألة):

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا.

فلو باع بحكم احدهما (1) بطل اجماعا كما عن المختلف (1) و التذكرة (2) و اتفاقا كما عن الروضة (2)، و حاشية الفقيه للسلطان (3).

و في السرائر (3) في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله: بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين.

و الاصل في ذلك (4) حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين (5).

+++++

(1) أي بحكم البائع، أو المشتري بعد المعاوضة: بأن يتبانيا على حكم أحدهما في مقدار الثمن و تعيينه، و يكون الحكم نافذا في البيع و ماضيا فيه و مؤثرا.

(2) راجع (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 264 عند قول الشهيدين قدس سرهما:

فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين، أو أجنبي اتفاقا.

و أما منشأ الاتفاق فالظاهر هو الحديث النبوي المشهور بين المسلمين قاطبة الذي مر ذكره في ص 63 و ص 90 أكثر من مرة: و هو نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر، و عن بيع ما ليس عندك.

و لا شك أن الغرر بجميع معانيه المحتملة التي ذكرها الشيخ قدس سره في ص 64-65-66-67 مستلزم للجهالة في البيع بحكم أحد المتعاقدين.

(3) يأتي شرح حياة هذا العملاق في (أعلام المكاسب) إن شاء الله تعالى.

(4) أي في اشتراط العلم بالثمن قدرا، و أن الحكم بأحد المتعاقدين باطل.

(5) أشير إلى هذه الشهرة في الهامش 2 من هذه الصفحة عند قولنا -

ص: 174

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و يؤيده (1) التعليل في رواية حماد بن ميسرة عن جعفر عن ابيه عليه السلام:

أنه يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم (2).

لكن في صحيحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة (3).

+++++

- و أما منشأ الاتفاق.

(1) أى و يؤيد اشتراط العلم بالثمن قدرا، و أن الحكم بأحد المتعاقدين باطل: التعليل الوارد في قوله عليه السلام: لأنه لا يدرى حكم الدينار من الدرهم.

وجه التأييد أن استثناء الدرهم من الدينار بكلمة غير في قوله عليه السلام: بدينار غير درهم اذا كان موجبا للجهل بالثمن المستلزم للبطلان، لعدم العلم بنسبة الدينار من الدرهم.

هل هي عشرة دراهم، أو أكثر، أو أقل؟

فالبيع بحكم أحد المتعاقدين أولى بالبطلان بالثمن رأسا.

و لا يخفى أن الجهل بنسبة الدينار إلى الدراهم مبني على ارتفاع الأسعار السوقية في الدينار بالدراهم و نزولها، فإن الأسعار تختلف بحسب كثرة المعاملة و قلتها عليها.

أو على اختلاف الأوزان المضروبة في الدينار، فإن بعضها يساوي عشرة دراهم، و بعضها أقل، و بعضها أكثر فاختلف مقدار الدراهم باختلاف مقدار الدنانير.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 389 الباب 23 الحديث 4.

(3) أى منافاة هذه الصحيحة مع التعليل الوارد في الرواية المذكورة في هذه الصحيفة الدال على الاشتراط المذكور.

ص: 175

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت:

ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بالف درهم فقلت له:

هذه الألف حكمي عليك فابى أن يقبلها مني وقد كنت مسستها (1) قبل أن ابعث إليه بالف درهم؟

قال: فقال: ارى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة.

فإن كان ثمنها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد إليه ما نقص من القيمة.

وإن كانت قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له.

قال: فقلت: أرايت إن أصبت (2) بها عيبا بعد ما مسستها؟

قال: ليس لك أن تردها، و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب (3).

+++++

(1) أى جامعتها و قاربته.

و التصرف هذا موجب لاسقاط الخيار، سواء حملت الجارية منه أم لا

(2) أى وجدت فيها نقصا.

(3) راجع (اصول الكافي) الجزء 5 ص 209 باب شراء الرقيق الحديث 4.

و المراد من أخذ قيمة ما بين الصحة و العيب هو الارش المراد منه التفاوت بين الحالتين، و قد ذكرنا الارش مسهبا.

في (اللمعة الدمشقية) من (طبعتنا الحديثة) من ص 475 - الى ص 495 فراجع كي تستفيد فوائد جمعة.

و نذكره في (المكاسب) إن شاء الله تعالى في الخيارات عند قوله:

توضيح هذا المقام:

ص: 176

لكن التاويل فيها (1) متعين، لمنافاة (2) ظاهرها لصحة البيع

+++++

- إن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط.

و الشاهد في قوله عليه السلام: ارى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة حيث إنه ظاهر في عدم اشتراط العلم بالثمن قدرا، لأنه وقع جوابا عن سؤال الراوي: هذه الألف حكمي عليك و الجواب دال على تقريره عليه السلام حكم رفاعة النخاس في الجارية.

و كان حكمه في حقها هو تعيين الألف درهم.

(1) أى في صحيحة رفاعة النخاس المشار إليها في ص 175

(2) تعليل لتعين التاويل في الصحيحة المذكورة لا محالة.

و خلاصته أن ظاهر الصحيحة مناف لصحة بيع رفاعة النخاس الجارية بحكمه في تعيين الثمن و مقداره المستلزم هذا الظهور لبطلان بيعه لأن الظاهر من قوله عليه السلام:

أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، و ارسال ما نقص إلى البائع:

أن حكم رفاعة في تعيين الثمن و مقداره غير صحيح، إذ لو كان حكمه صحيحا و نافذا في البيع لما حكم عليه السلام عليه ثانيا بتقويم المبيع قيمة عادلة، و إرسال ما نقص عن القيمة إلى البائع، لتعين المسمى عليه، دون القيمة الواقعية.

فالحكم هذا يتنافى و صحة البيع فلا بد لنا من التاويل حتى ترتفع المنافاة هذا وجه منافاة ظاهر الصحيحة لصحة البيع.

و أما التاويل فلم يذكره الشيخ قدس سره في منافاة ظاهر الصحيحة لصحة البيع.

و العجب أن شيخنا الانصارى يقول: نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التاويل، بناء على القول بالفساد، مع أنه قدس سره -

ص: 177

- لم يذكر كيفية التأويل أبداً فأين المشار إليه ؟

وأعجب من ذلك ما افاده المحقق المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 464 في قوله:

ما ذكره المصنف رحمه الله في بيان وجه التأويل أحسن مما حكاه في الحدائق من حاشية السلطان رحمه الله على الفقيه، انتهى.

نعم ذكر شيخنا المحقق الاصبهاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 307 في وجه التأويل، ورفع المنافاة بين ظاهر الصحيحة وصحة البيع قوله:

ويمكن رفع المنافاة بالحمل على توكيل المشتري: بأن يبيع الجارية من نفسه بما يتعين في نظره، لا بالقيمة الواقعية، ليرد المحذور المذكور وارسال ما نقص، لمكان خيار الغبن المؤكد لصحة البيع بنظره.

غاية الامر أنه يدعي الغبن بالإضافة إلى المسمى الذي عينه بنظره كما إذا عينه البائع بنظره، فإن خياره ثابت.

وكذلك افاد المحقق الخونساري في تقارير بحث استاذة المحقق النائيني في الجزء الاول ص 388 في وجه التأويل بقوله:

ولا ينافي ذلك ما في صحيحة رفاعة النخاس الظاهرة في صحة البيع بحكم المشتري، لأن الظاهر من هذه القضية أن بائع الجارية وكّل المشتري في تعيين القيمة، لا أنه باعها بثمن يعينه بعد المعاملة

(1) اي لمنافاة ظاهر الصحيحة المذكورة في ص 175 لفساد البيع.

وجه المنافاة أن المعاملة إذا كانت فاسدة فلما ذا حكم الامام عليه السلام بتعين ما بعث به المشتري للبائع إذا كانت القيمة الواقعية أقل مما حكم به المشتري: وهو رفاعة النخاس في تعيينه قيمة الجارية -

فلا (1) يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع (2)، إذ (3) لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص.

نعم هي (4) محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل (5)، بناء على القول بالفساد: بأن (6) يراد من قوله (7): باعنيها بحكمي

+++++

- بالف درهم بحكمه ؟

(1) الفاء تفرغ على ما افاده: من منافاة ظاهر الصحيحة لصحة البيع بحكم رفاعة النخاس في تعيين الثمن، اي ففي ضوء ما ذكرنا فلا مجال للتمسك بهذه الصحيحة في صحة بيع رفاعة النخاس الجارية بحكمه في تعيين الثمن، للمنافاة المذكورة التي اشرنا إليها في الهامش 2 ص 177 بقولنا:

و خلاصته أن ظاهر الصحيحة مناف.

(2) المراد من هذا البيع هو بيع رفاعة النخاس الجارية كما عرفت.

(3) تعليل لعدم التوهم بجواز التمسك بالصحيحة.

وقد عرفته عند قولنا في الهامش 2 ص 177: إذ لو كان حكمه صحيحا

(4) اي صحيحة رفاعة النخاس.

(5) اي التأويل الذي ذكرناه في جانب منافاة ظاهر الصحيحة لصحة بيع رفاعة النخاس.

وقد عرفت في الهامش 2 ص 177 عدم ذكر من الشيخ للتأويل.

(6) الباء بيان لذكر تأويلات زائدة في جانب منافاة ظاهر الصحيحة لفساد بيع رفاعة النخاس.

من هنا اخذ الشيخ قدس سره في ذكر تلك التأويلات.

(7) اي من قول رفاعة النخاس:

ص: 179

قطع (1) المساومة على أن اقومها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري.

حيث (2) إن رفاة كان نخّاسا يبيع ويشترى الرقيق، فقومها رفاة على نفسه بالف درهم.

إما (3) معاطاة، وإما مع إنشاء الإيجاب وكالة، و القبول أصالة.

فلما مسها (4) و بعث الدراهم (5) لم يقبلها المالك، لظهور غبن (6) له في المبيع، و أن رفاة مخطئ في القيمة.

+++++

(1) هذا احد التاويلات.

و المراد من قطع المساومة قطع المعاملة عن الثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع و كان أقل من القيمة الواقعية.

(2) تعليل لكون المراد من قول رفاة النخّاس: باعنيها هو قطع المساومة، لأن من كان شغله البيع و الشراء من شأنه أن يقلل من ثمن الشيء المشتري و كذلك يزيد على ثمن المبيع.

(3) هذا بيان لكيفية قطع المساومة، فإن قطع المساومة يحصل باحد الامور الثلاثة: إما بالمعاطاة، أو بانشاء الايجاب بالوكالة من قبل المالك، و القبول من قبل المشتري بالأصالة: بأن انشأ المشتري بانشاء واحد الايجاب من قبل المالك وكالة، و القبول من قبل نفسه أصالة.

(4) اي مس رفاة النخّاس الجارية و قاربها.

(5) المراد من الدراهم هي الدراهم التي عينها رفاة النخّاس بحكمه و بعثها إلى مالك الجارية.

(6) أي لمالك الجارية ظهر غبن في السعر الذي سعره رفاة النخّاس للجارية.

ص: 180

أو (1) لثبوت خيار الحيوان (1) للبائع على القول به.

وقوله عليه السلام: إن كانت قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص.

إما أن يراد به لزوم ذلك (2) عليه من باب إرضائه المالك إذا أراد (3) امساك الجارية، حيث إن المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت.

وإما أن يحمل (4) على حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد فتعين عليه (5) قيمتها إذا فسخ البائع.

وقد يحمل (6) على صورة تلف الجارية، وينافيه قوله عليه السلام فيما بعد:

فليس عليك أن تردها (7)، إلى آخر الرواية.

و كيف كان (8) فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، وانصراف الثمن

+++++

(1) هذا هو الأمر الثالث لقطع المساومة.

و المراد من الحيوان هي الجارية المبيعة.

(2) أي لزوم رد ما نقص على المالك.

(3) أي رفاة النخاس.

(4) وهو لزوم رد ما نقص على المالك.

(5) أي على المشتري وهو رفاة النخاس.

(6) وهو لزوم رد ما نقص على المالك.

(7) فإن رد الجارية دليل على عدم تلفها، فالحمل المذكور لا مجال له

(8) يعني أي شيء قلنا حول منافاة صحيحة رفاة النخاس لصحة البيع الصادر منه، وفساده: من التأويلات المذكورة.

لكن صاحب الحدائق قدس سره قد عمل بظاهر الرواية، و حكم -

ص: 181

إلى القيمة السوقية لهذه الرواية (1) كما حكى عن ظاهر الحدائق:

فضعيف (2).

وأضعف منه (3) ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع:

+++++

- بصحة البيع المذكور ببيان أن الصحة إنما كانت لأجل انصراف الثمن المعين من قبل حكم رفاة النخّاس، و تعيينه إلى الأسعار السوقية، لأن أسعار السلع المباعة والمشتراة في الأسواق ومنها العبيد. والإماء مع ما فيهما: من الكمال والجمال، وعدمها معلومة لدى بائعيها ومشتريها، وليست مختلفة حتى يصدق الغرر عند الاختلاف.

فالسعر الذي عينه رفاة للجارية وهو الألف درهم إنما كان سعرها السوقي، لا زيادة فيه ولا نقيصة.

(1) وهي صحيحة رفاة النخّاس

(2) وجه الضعف أن الصحة مخالفة للقواعد الفقهية، لأن من تلك القواعد قاعدة:

إنه لا بد من العلم بالثمن ومقداره، لأن الجهل به موجب للغرر المنفي بالحديث النبوي المشهور بين المسلمين الذي مرّ ذكره أكثر من مرة.

بالإضافة إلى أن قوله عليه السلام في الصحيحة نفسها المذكورة في ص 175:

أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان ثمنها أكثر مما بعثت إليه، إلى آخر الصحيحة: مخالف للاستدلال بالصحيحة على صحة البيع المذكور كما عرفت في الهامش 2 ص 177 عند قولنا: وخلاصته أن ظاهر الصحيحة.

(3) أي وأضعف مما أفاده صاحب الحدائق ما أفاده الإسكافي -

ص: 182

بعتك بسعر ما بعت، ويكون للمشتري الخيار (1).

ويرده (2) أن البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار.

+++++

- في صحة البيع المذكور.

وقد ذكر الشيخ المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 464 نظرية شيخنا الأنصاري حول عبارة الاسكافي.

أليك نصها:

الظاهر من كلام المصنف رحمه الله أن مذهب الاسكافي هي الصحة في خصوص تحكيم المشتري للبائع، دون العكس.

وظاهر العبارة المحكية عن الاسكافي هي الصحة على كل من تقديري تحكيم المشتري للبائع، وعكسه، وأن الخيار إنما يثبت في الصورة الاولى، دون الثانية، فإن الاسكافي قال:

لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما و الثمن مجهول لاحدهما جاز إذا لم يكن يواجبه و كان للمشتري الخيار إذا علم ذلك كقول الرجل:

بعني كَرّ طعام بسعر ما بعت.

(1) أي خيار الغبن.

(2) أي ويردّ ما أفاده الاسكافي في صحة البيع بتحكيم أحد المتعاقدين في تعيين الثمن و مقداره بقول البائع للمشتري:

بعتك بسعر ما بعت، ويكون للمشتري الخيار إذا كان مغبونا في المبيع.

و خلاصة الرد أن البيع الواقع هكذا صفته هو في نفسه غرر فاذا صدق الغرر كان باطلا، لشمول الحديث النبوي المشهور لهذا البيع.

فعليه لا وجه القول بجبران الغرر بخيار المشتري.

ص: 183

وأما (1) بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر.

كما تقدم عند حكاية قول الاسكافي (1) في مسألة القدرة على التسليم (2)

+++++

(1) دفع وهم.

حاصل الوهم أنه كيف حكتم بطلان البيع رأساً لو تبين الغبن في تحكيم البائع بتسعيه المبيع بقوله:

بعتك بسعر ما بعت، مع قولكم بوجود الخيار للمشتري؟

و كيف تقولون بعدم جبران الخيار للغرر المترتب على هذا البيع عند كشف الخلاف.

وأما في صورة كشف الخلاف في العين المباعة بغير الرؤية اكتفاء بذكر الأوصاف الموجودة فيها فتحكمون بصحة هذا البيع، و ثبوت الخيار للمشتري؟

فاجاب الشيخ قدس سره عن الوهم المذكور ما حاصله.

إن الحكم بصحة البيع في العين المذكورة، و ثبوت الخيار للمشتري إنما هو لاجل ذكر الأوصاف في المبيع في متن العقد بحيث يكون الذكر بمنزلة اشتراط الأوصاف في البيع.

و هذا الاشتراط يكون مانعاً عن حصول الغرر في البيع عند ظهور الخلاف.

(2) اي كما تقدم نظير هذا: و هو بيع العين غير المرئية بالصفات المعينة عن الاسكافي في مسألة اعتبار القدرة على التسليم في ص 63 عند قوله: الثالث من شروط.

و لا يخفى على المتأمل الخبير أننا راجعنا مسألة اشتراط القدرة على التسليم من بداية المسألة إلى نهايتها سبع مرات مراجعة دقيقة -

ص: 184

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

- سطرًا بعد سطر من صفحة إلى صفحة فلم اجد ذكرا عن بيع العين غير المرئية بالصفات المعينة نقلا عن الاسكافي.

وراجعت بعض الأفاضل لعله بعد المراجعة و المطالعة يقف على ما افاده شيخنا الانصاري بقوله: كما تقدم عند حكاية قول الاسكافي في مسألة اشتراط القدرة على التسليم فراجع و طالع فلم يجد ذكرا عما افاده الشيخ من التقدم المذكور في مسألة اشتراط القدرة.

ثم عرضت ما افاده الشيخ قدس سره على سماحة سيدنا الجليل المولى العظيم الحجة السيد علي البعاج دام ظله و علاه عند ما يشرفنا للصلاة في جامعة النجف الدينية ليلا فأفاد بعد المطالعة و المراجعة.

الظاهر أن المقصود من مسألة اشتراط القدرة هي مسألة عدم جواز بيع الآبق منفردا المذكورة في ص 146: حيث إنها من فروع مسألة اشتراط القدرة على التسليم.

فقد ذكر الشيخ في مسألة بيع الآبق في ص 160 ما هذا نصه:

ولذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه الموجب للتسلط على الرد.

ولعله لهذا اختار في محكي المختلف تبعا للاسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع.

هذا ما افاده سيدنا البعاج دامت بركاته في هذا المقام و لنعم ما افاد و اجاد، حيث إنني بعد المطالعة دقيقا اذعنت بما افاده: من أن المراد من قول الشيخ: كما تقدم عند حكاية الاسكافي هو تلك العبارة في مسألة بيع الآبق في ص 160.

مسألة من شروط العوضين: العلم بقدر المثلث

إشارة

(مسألة):

العلم بقدر المثلث كالمثلث شرط باجماع علمائنا كما عن التذكرة (1).

وعن الغنية (1) العقد على المجهول باطل بلا خلاف.

وعن الخلاف (2) ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا وإن شوهده، اجماعا وفي السرائر (3) ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف.

و الأصل في ذلك (2) ما تقدم من النبوي المشهور (3).

في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة.

إشارة

وفي خصوص (4) الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة.

منها: صحيحة الحلبي

إشارة

(منها) (5): صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل طعاما: عدلا بكييل معلوم.

ثم إن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير

+++++

(1) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة. الجزء 7 ص 32 عند قوله:

مسألة اجمع علماءنا على أن العلم شرط فيهما، ليعرف ما الذي ملك بإزاء ما بذل فيتنفي الغرر.

(2) أي في اشتراط العلم بقدر المثلث.

(3) وهو نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر.

و عن بيع ما ليس عندك، وقد اشير إلى الحديثين في الهامش 4 ص 94.

(4) اى و الاصل في اشتراط العلم في خصوص مقدار المكيل و الموزون هي الأحاديث المعتبرة الواردة في المقام.

(5) اى من بعض تلك الأحاديث المعتبرة الواردة فيما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا.

ص: 186

1- راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

3- راجع الحاشية الجديدة فى آخر هذا الكتاب

كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته ؟

قال: لا يصلح إلا أن يكيل.

وقال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفة.

هذا مما يكره من بيع الطعام (1).

و في رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة (2).

الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه

و الايراد على دلالة الصحيحة بالاجمال (3)، أو باشتمالها (4)

+++++

(1) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 254 الباب 4 الحديث 2 فالشاهد في قوله عليه السلام: لا يصلح إلا أن يكيل، حيث دل على اشتراط العلم بقدر المثلث إذا كان مكيلا.

(2) راجع (المصدر نفسه) ص 255 الحديث 3.

(3) اي وقد اورد على الاستدلال بالصحيحة بكونها دالة على اشتراط العلم بمقدار ما كان يكال، أو يوزن.

و خلاصته أن فيها اجمالا، حيث إن قوله عليه السلام: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة: مجمل لأن الظاهر من سميت فيه كيلا- هو الاشتراء بعنوان الكيل، و من المعلوم أن الاشتراء بعنوان الكيل يوجب بطلان بيعه جزافا، بل إن كان الجزاف باطلا فهو باطل، سواء وقع اشتراؤه جزافا أم لم يقع.

(4) اي أو باشتمال صحيحة الحلبي على خلاف المشهور.

هذا هو الايراد الثاني على الصحيحة المذكورة.

و كلمة من بيان لكيفية اشتمال الصحيحة على خلاف المشهور اي خلاف المشهور عبارة عن عدم تصديق البائع، مع أن المشهور هو تصديق البائع فيما بقوله كما في الرواية الآتية في ص 191.

على خلاف المشهور: من عدم تصديق البائع: غير وجيه، لأن (1) الظاهر من قوله عليه السلام: سميت فيه كيلا: أنه يذكر فيه الكيل فهي كناية عن كونه مكيلا في العادة.

اللهم (2) إلا أن يقال: إن وصف الطعام كذلك الظاهر في التنويع.

مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال، ولا يوزن، إلا (3) في مثل

+++++

(1) تعليل لكون الايراد غير وجيه، وأنه لا اجمال في الصحيحة.

و خلاصة التعليل أن الظاهر من قوله عليه السلام: سميت فيه كيلا هو بيان للمقدار الموجود في العدل الاخر الذي يبيعه بغير كيل فيكون قول البائع كناية عن كون العدل الاخر من الطعام مكيلا غير محتاج إلى الكيل ثانيا فلا اجمال في الصحيحة حتى يورد عليها.

(2) مقصود الشيخ الانصارى من هذا الاستثناء هو الاعتراف بالاجمال في الصحيحة.

و خلاصته أن وصف البائع العدل الاخر بأنه مكيل لا يحتاج إلى الكيل ثانيا ظاهرا في تنويع الطعام الموجود عنده، وأنه على قسمين:

قسم مكيل، وقسم غير مكيل، مع أنه لا- يوجد في الخارج طعام لا- يكال و لا- يوزن، وهذا الوصف يبعد ما قلناه: من أن قول البائع للمشتري: ابتع مني هذا العدل الاخر بغير كيل كناية عن كون العدل الاخر مكيلا في العادة فيثبت الاجمال حينئذ.

(3) استثناء من قوله: مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن اي إلا الزرع الذي هو من الطعام، فإنه يجوز بيعه بلا وزن و لا كيل و هو قائم على سنبله، و لا سيما إذا صار سنبلًا و انعقد حبه فلا يشترط في صحته بيعه وزن و لا كيل.

الزرع قائما: يبعد (1) إرادة هذا المعنى (2)، فتأمل (3).

و أما الحكم (4) بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه، سواء زاد أم نقص، خصوصا إذا لم يطمئن بتصديقه، لا شراؤه (5) على أنه القدر المعين الذي اخبر به البائع، فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف.

+++++

و هذا المقدار يكفي في صدق تنويع الطعام إلى قسمين:

قسم يكال، وقسم لا يكال.

(1) الجملة مرفوعة محلا خبر لاسم إن في قوله في ص 188:

اللهم إلا أن يقال: إن وصف الطعام.

و عرفت معنى هذه الجملة عند قولنا في الهامش 2 ص 188:

و خلاصته أن وصف.

(2) و هو أن قول البائع: ابتع مني هذا العدل الآخر كناية عن كون العدل الآخر مكيلا كما عرفته.

(3) الظاهر أن الامر بالتأمل اشارة إلى أن وصف الطعام بالمكيل ليس لتنوعه، بل للاشارة إلى علة الحكم، و أنه لا يجوز بلا كيل حيث إنه من المكيل.

(4) اي و أما حكم الامام عليه السلام بعدم تصديق البائع، و أنه لا بد من كيل العدل الآخر في قوله: لا يصلح إلا أن يكيل، مع أن المشهور كما عرفت تصديق البائع:

فمحمول على شراء المشتري هذا المكيل، أو الموزون، سواء أكان زائدا عن المقدار المقرر أم ناقصا عنه، و لا سيما إذا لم يكن للمشتري وثوق و اطمئنان بقول البائع.

(5) اي و ليس حكم الامام عليه السلام بعدم تصديق البائع في إخباره عن كون العدل الآخر مكيلا محمولا على صورة شراء المشتري -

قال في التذكرة: لو اخبره البائع بكيّله، ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا (1).

وقال في التحرير: لو اعلمه بالكيل فباعه بثمان، سواء زاد أم نقص لم يجز (2).

وأما نسبة الكراهة (3) إلى هذا البيع فليس فيه ظهور في المعنى المصطلح (1) يعارض ظهور لا يصلح، ولا يصح في الفساد.

+++++

- العدل الآخر على أنه القدر المعين مع العدل الأول الذي كاله البائع، لأن البائع في هذه الصورة صادق عما أخبر به، ولا يردّ قوله.

فحيث لا مجال لصدق الجراف هنا.

(1) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 50

(2) معنى هذه العبارة أن شراء الطعام من البائع في صورة إخباره عن مقدار الطعام على قسمين:

(الأول): الشراء بلا اطمئنان و وثوق عن إخبار البائع، سواء زاد المبيع عن مقدار ما أخبر به أم نقص.

(الثاني): الشراء مع الاعتماد على المقدار الذي أخبر به البائع وأن المشتري بان على ذلك المقدار.

أما الأول فباطل كما افاده في التحرير.

وأما الثاني فصحيح كما افاده في التذكرة و ادعى الاجماع عليه كما عرفت عند نقل الشيخ عنه في هذه الصفحة: صح عندنا.

(3) هذا دفع وهم.

أما الوهم فحاصله أن بيع الطعام بغير كيل إذا كان مجازفة و ممنوعا.

فلما ذاق الامام عليه السلام في صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 187: هذا مما يكره من بيع الطعام؟

ص: 190

وفي الصحيح (1) عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة قال:

سألته عن شراء الطعام و ما يكال، أو يوزن.

هل يصلح شراؤه بغير كيل، و لا وزن؟

فقال: إما أن تأتي رجلا في طعام قد اكتيل، أو وزن تشتري منه مباحة فلا بأس إن انت اشتريته منه و لم تكله، و لم تزنه إذا كان المشتري الاول قد اخذه بكيل، أو وزن، و قلت له عند البيع:

إني اربحك فيه كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك (2).

و دلالتها (3) أوضح من الاولى.

+++++

- فإن الكراهة لا يستفاد منها الحرمة و المنع فتكون معارضة لظهور لا يصلح في الفساد.

فاجاب الشيخ قدس سره عن الوهم بما حاصله:

إن المراد من الكراهة هنا معناها اللغوي: و هو المنع، لا المعنى المصطلح عند الفقهاء.

إذا لا تكون معارضة لظهور لا تصلح في الفساد.

(1) هذه هي الرواية الثانية المستدل بها على أن ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12. ص 257 الباب 5 - الحديث 7.

(3) اي و دلالة هذه الصحيحة على المطلوب: و هو أنه لا بد من أن يكال أو يوزن الطعام إذا اريد بيعه أوضح من صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 186.

وجه الأوضحية في هذه الصحيحة هو عدم الاجمال، و عدم اشتمالها على خلاف المشهور.

رواية أبان

ورواية (1) أبان عن محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و اخذناه بكيهه ؟ فقال: لا بأس.

فقلت: أيجوز أن ابيعه كما اشتريته بغير كيل ؟

فقال: لا، أما انت فلا تبعه حتى تكيله (2):

دلت على عدم جواز البيع بغير كيل، إلا إذا اخبره البائع فصدقه

رواية أبي العطار

وفحوى (3) رواية أبي العطار، وفيها قلت: فاخرج الكرّ و الكرين فيقول الرجل: اعطني بكيك.

+++++

- بخلاف صحيحة الحلبي، فإن فيها اجمالا، و أنها مشتملة على خلاف المشهور كما عرفت في الهامش 3 ص 187.

بالإضافة إلى أن الكيل أو الوزن لو لم يكونا معتبرين لم يكن لاشتراط جواز الشراء باخذ المشتري الاول بالكيل أو الوزن وجه في قوله عليه السلام في ص 191: إذا كان المشتري الاول قد اخذه بكيل، أو وزن.

(1) هذه ثلاثة الروايات المستدل بها على أن ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12. ص 256 الباب 5.

الحديث 4.

(3) هذه رابعة الأحاديث المستدل بها على أن ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا إذا كان طعاما أن يكال، أو يوزن اي و يستدل بمفهوم رواية أبي العطار.

ص: 192

فقال: إذا ائتمنتك فلا بأس (1).

مرسلة ابن بكير

و مرسلة (2) ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل.

يشترى الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل ؟

فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، و إما أن يكيه كله (3).

فإن المنع (4) من التبعض المستفاد منه ارشادي محمول على أنه إن صدّقه فلا حاجة إلى كلفة كيل البعض، وإلا فلا يجزي كيل البعض.

و تحتمل الرواية (5) الحمل على استيفاء المبيع بعد الاثراء.

+++++

(1) راجع (المصدر نفسه) ص 257 الحديث 6

فالشاهد في قوله عليه السلام: إذا ائتمنتك فلا بأس، فإن مفهومه إذا لم يَأْتَمَنكَ ففيه بأس.

(2) هذه خامسة الأحاديث المستدل بها على أن ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا.

(3) راجع (المصدر نفسه) ص 256. الحديث 3.

(4) المراد منه هو المنع المستفاد من قوله عليه السلام: إما أن يأخذ كله بتصديقه، و إما أن يكيه كله اى لا تأخذ بعضه بكيل، و بعضه بلا كيل، فيكون المنع ارشاديا اى ارشادا إلى عدم الاخذ هكذا، لأنه إن صدّق المشتري البائع في مقالته فلا يحتاج إلى أن يكيل الباقي و إن لم يصدّقه فلا يكفي كيل البعض.

(5) و هي مرسلة ابن بكير المذكورة في هذه الصفحة.

مقصود الشيخ أن هذه المرسلة تحتمل أن تكون واردة في البيع الكلي الذي يكون في الذمة، فإنه لا يحتاج إلى الوزن، أو الكيل الخارجي إلا عند التسليم، حيث يحتاج إلى الوزن، أو الكيل، -

و كيف كان (1) ففي مجموع ما ذكر من الأخبار (2)، و ما لم يذكر (3) مما فيه إيحاء إلى المطلوب (4) من حيث ظهوره في كون الحكم (5) مفروغا عنه عند السائل.

و تقرير الامام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عده (6)

+++++

- و لذا لو باعه كليا بأن باعه مائة طن من الطعام ثم تبين خلافه عند التسليم: بأن لم يكن المبيع مائة طن لم يبطل البيع.

بخلاف البيع الشخصي، فإنه لو ظهر معيبا، أو مستحقا للغير بطل البيع.

فاذا جاء هذا الاحتمال بطل الاستدلال بالمرسلة على المطلوب لأن الكلام في البيع الشخصي الخارجي، لا البيع الكلي.

(1) اي سواء أكانت المرسلة واردة في البيع الكلي أم الشخصي.

(2) و هي صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 186

و صحيحة ابن محبوب المشار إليها في ص 191

و رواية ابان المشار إليها في ص 192

و فحوى مفهوم رواية أبي العطارذ المشار إليها في ص 192

(3) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 من ص 254 إلى ص 258

(4) و هو أن ما يباع كيلا، أو وزنا لا يصح بيعه جزافا.

(5) و هو عدم جواز بيع ما يكال، أو يوزن جزافا.

(6) راجع (المصدر نفسه) ص 258 الباب 7 - الحديث 1.

أليك نص الحديث.

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به.

ص: 194

وغيرها (1).

مع ما ذكر من الشهرة المحققة، والاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة (2).

هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا

ثم إن ظاهر اطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس (3) منوطا بالغرر الشخصي وإن كانت حكمته سد باب المسامحة المقتضية إلى الوقوع في الغرر.

كما أن حكمة الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشرط (4).

فحينئذ (5) يعتبر التقدير بالكيل، أو الوزن وإن لم يكن في شخص المقام غرر.

+++++

(1) اي وغير رواية كيل ما لا يستطاع عدّه.

راجع (المصدر نفسه).

(2) اي في مسألة عدم جواز بيع ما يكال، أو يوزن جزافا.

(3) اي ليس الملاك في عدم جواز البيع المذكور هو حصول الغرر الشخصي حتى يقال: إن المشتري لو اطمئن من إخبار البائع بمقدار العدل الآخر الذي هو غير مكيل ولا موزون يصح له الشراء لعدم وجود الغرر في هذا المبيع حتى يشمل الحديث النبوي المشهور.

بل المناط هو حصول الغرر النوعي الحاصل في نوع البيع.

و المراد من جميع ما ذكر هو الأخبار المشار إليها في ص 186-191-192.

(4) كاعتبار ذكر الثمن وتعيينه في البيع، وذكر الاجرة في الاجارة والقبض من الطرفين في بيع الصرف، وقبض الثمن في بيع السلف.

(5) اي حين أن قلنا: إن الملاك في عدم جواز البيع المذكور هو حصول الغرر النوعي، لا الغرر الشخصي.

ص: 195

كما (1) لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المتساوي له في القيمة، فإنه لا يتصور هنا غرر اصلا، مع الجهل بمقدار كل من العوضين، لأنه مساو للآخر في المقدار.

أو (2) يحتمل غير بعيد(1) حمل الاطلاقات، و لا سيما الأخبار

+++++

(1) مثال لعدم وجود الغرر في شخص المبيع، و لكن مع ذلك يعتبر فيه التقدير بالكيل، أو الوزن.

(2) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من أن المناط في عدم جواز البيع المذكور هو الغرر النوعي الكلي، لا الشخصي.

و يريد أن يقول، إن المناط في عدم الجواز هو الغرر الشخصي فإنه المدار في الجواز و العدم.

فإن وجد الغرر الشخصي وجد عدم جواز البيع.

وإن لم يوجد جاز البيع المذكور.

و استدل على ذلك بحمل الاطلاقات الواردة في كلمات الفقهاء كالأجماع المدعى من الشيخ في الخلاف، و من ابن ادريس في السرائر و من ابن زهرة في الغنية، و من العلامة في التذكرة.

وقد اشير إلى هذه الكلمات في ص 186.

و بحمل الأخبار الواردة في هذا المقام وهي:

صحيحه الحلبي المشار إليها في ص 186.

و صحيحه ابن محبوب المشار إليها في ص 191.

و رواية ابان المشار إليها في ص 192.

و مرسله ابن بكير المشار إليها في ص 193: على المورد الغالب.

ص: 196

على المورد الغالب: و هو (1) ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين، موقوفا على التقدير.

فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى كما في الفرض المزبور (2) و كما (3) إذا كان (1) للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التخلف عن الواقع.

و كما (4) إذا كان المبيع (2) قليلا لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و اراد به دهنا لحاجة، فإن الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين.

و لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكييل و الموزون.

و بين عدم دخول الكيل و الوزن فيه (5)، لقلته كالحبتين، و الثلاثة

+++++

(1) هذا هو المورد الغالب.

(2) المشار إليه في ص 196 بقوله: كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله.

(3) هذا مثال ثان لما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير.

(4) هذا مثال ثالث لما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير.

(5) اي في جنس هذا الشيء الذي هو من جنس المكييل، أو الموزون: بأن لا يكال و لا يوزن فلا يكون الكيل أو الوزن دخيلا فيه.

و عدم دخل هذا الشيء في الكيل، أو الوزن، مع أنه من جنس المكييل، أو الموزون لاحد الامرين:

إما لقلته كما مثل لها الشيخ بحبتين، أو الثلاثة من الحنطة.

و إما لكثرتة كما مثل لها الشيخ بزبرة الحديد.

ص: 197

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة (1) الحديد كما تبه عليه في القواعد و شرحها و حاشيتها.

و مما ذكرنا (2) يتضح عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فإنها وإن كانت من الموزون، ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها، إلا أنها عند وقوعها ثمننا حكمها كالمعدود: في أن معرفة مقدار ماليتها لا تتوقف على وزنها فهي كالقليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن.

و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان.

و كذا الدرهم و الدينار الخالصان، فإنهما وإن كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا اجماعا.

إلا أن ذلك (3) لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما، لعدم غرر في ذلك (4) اصلا.

+++++

(1) بضم الزاي و سكون الباء و فتح الراء و زان غرفة جمعها زبر كغرف هي القطعة العظيمة من الحديد التي يصعب وزنها جدا، لثقلها هذا في الأزمنة القديمة.

و أما في عصرنا الحاضر فتوزن القطع العظيمة الثقيلة جدا مع حاملاتها:

و هي السيارات بالآلات المستحدثة الوازنة لهذه الأشياء، وغيرها و تسمى: (قبان).

(2) من عدم المنافاة بين كون الشيء من جنس المكيل، أو الموزون و بين عدم كون الوزن، أو الكيل دخيلا فيه.

(3) اي دخول الربا في الدينار و الدرهم.

(4) اي في عدم المعرفة بوزن الدينار أو الدرهم وإن كانا -

و يؤيد ذلك (1) جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم بوزنها.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانهما عن وزنها المقرر في وضعهما (2) من حيث تفاوت قيمتهما بذلك (3)، فالنقص فيهما عندهم (4) بمنزلة العيب

و من هنا (5) لا يجوز اعطاء الناقص منهما، لكونه غشا و خيانة.

و بهذا (6) يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود، و شبهها حيث إن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه (7).

+++++

- من جنس الموزون.

(1) اي و يؤيد كون عدم المعرفة بوزن الدينار، أو الدرهم لا يعد غررا و إن كانا من جنس الموزون.

(2) اي عند ضربهما بالسكة الدارجة المعبر عنها ب: (عملة) بضم العين و سكون الميم و فتح اللام، فإن الوزن فيهما عند الضرب معلوم.

(3) اي بالنقصان، لا من حيث المعرفة بوزنهما المقرر عند الضرب لأنك عرفت أن وزنهما عند الضرب معلوم.

(4) اي عند الناس.

(5) اي و من أن النقص في الدينار و الدرهم من وزنهما المقرر عند الضرب يعد عند الناس عيبا.

(6) اي و بعدم جواز إعطاء الدينار و الدرهم الناقصين عن وزنهما المقرر، لكون النقص يعد عيبا عند الناس.

(7) من الفلوس السود.

ص: 199

وإلى ما ذكرنا من الفرق (1) اشير في صحيحة عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

اشترى الشيء بالدرهم فاعطى الناقص الحبة وحببتين (2)؟

قال: لا حتى تبينه، ثم قال: إلا أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية (3) التي تكون عندنا عددا (4).

وبالجملة (5) فإناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيه

+++++

(1) اي الفرق بين أن الناقص إذا كان موجبا لتفاوت القيمة فيه كالدينار و الدرهم.

و بين ما لم يكن النقص موجبا لتفاوت القيمة فيه كالفلوس السود، فإن الاول لا يجوز اعطاؤه وفاء عن الثمن، بخلاف الثاني.

(2) الحبة وحببتين بيان لمقدار الناقص في الدراهم اي المقدار الناقص في الدراهم المضروبة عبارة عن الحبة وحببتين.

(3) الأوضاحية هي الدراهم الصحيحة الخالية من الغش التي لا تنقص عن الوزن المقرر عند الضرب، والتي تكون رائجة بين الناس: فإنها كانت رائجة في (المدينة المنورة) في عهد الامام الصادق عليه السلام.

(4) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 2 ص 473 الباب 10 الحديث 7، و كلمة عددا منصوبة على التمييز، بناء على أنها تميز لكلمة نحو في قوله عليه السلام: إلا أن يكون نحو هذه الدراهم.

فالشاهد في قوله عليه السلام: لا حتى تبينه، فإنه دال على عدم جواز جعل الدراهم الناقصة بحبة، أو حببتين، أو أكثر عن الوزن المقرر ثمنا.

(5) اي و خلاصة الكلام في الغرر المترتب على البيع.

و المراد من الحكم هو جواز جعل الدراهم الناقصة ثمنا.

ص: 200

مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية.

إلا (1) أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

وجوب معرفة العدد في المعدود و الدليل عليه

ثم إن الحكم في المعدود، ووجوب معرفة العدد فيه حكم المكييل و الموزون بلا خلاف ظاهر.

و يشير إليه، بل يدل عليه تقرير الامام عليه السلام في الرواية الآتية المتضمنة لتجويز الكيل في المعدود المتعذر عدّه.

و يظهر من المحكي عن المحقق الاردبيلي المناقشة في ذلك.

بل الميل إلى منعه (2)، و جواز بيع المعدود مشاهدة.

و ترده رواية الجواز الآتية في ص 205.

و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بإعدادها كالجوز و البيض.

بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب (3).

و عدّ العلامة البطيخ و الباذنجان في المعدودات، حيث قال في شروط السلم من القواعد:

و لا يكفي في السلم و صحته العدّ في المعدودات، بل لا بد من الوزن في البطيخ و الباذنجان و الرمان.

و إنما اكتفى بعدّها (4)

+++++

(1) عدول عما افاده: من أن المناط في الحكم هو الغرر الشخصي اي القول بكون المناط في الحكم هو الغرر الشخصي مخالف لكلمات الأصحاب كما عرفت في ص 186.

(2) اي إلى منع وجوب معرفة العدد في المعدود، و أن حكمه حكم المكييل و الموزون.

(3) لأن معرفة مقدار مالية هذه الثلاثة بالمشاهدة، لا بالعد.

(4) اي إنما جعل البطيخ و الباذنجان و الرمان في المعدودات -

في البيع، للمعاينة، انتهى (1).

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ و الرمان إذا كانا رطبين (2)، لعدم الوزن، و ثبوته (3) مع الجفاف.

بل يظهر منه (4) كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضا غير موزونة.

و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن.

فالظاهر أن تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن، لا بالعدد كما (5) في الجوز و البيض.

+++++

- إذا بيعت، لأنها تشاهد و تعانين حين البيع فتكفي المشاهدة.

بخلاف السلم، فإن المثلن ليس موجودا حتى يرى و يشاهد.

(1) اي ما افاده العلامة في القواعد.

(2) فلو بيعا بالتفاضل جاز.

(3) اي و ثبوت الربا في حالة جفاف البطيخ و الرمان، فلا يجوز بيع بعضهما ببعض متفاضلا.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 127.

(4) اي من كتاب التذكرة، أو من قول العلامة في التذكرة.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 121.

(5) التمثيل بالجوز و البيض لاجل أن تقدير المالية فيهما بالعدّ لا بالوزن، فالتشبيه هنا بالعكس اي و ليست المالية في المذكورات بالعدّ

كما في البيض و الجوز، حيث إن المالية فيهما بالعدّ.

ص: 202

إشارة

(مسألة):

لوقلنا: بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو عدم حصول الغرر الشخصي فلا إشكال في جواز تقدير كل منها (1) بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.

بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير اصلا.

لكن تقدم (2) أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي، لحكمة سد باب الغرر المؤدي إلى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراخي الفعلي حال المعاملة.

و حينئذ (3) فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المعاملات بغير

+++++

(1) اي من الكيل و الوزن و العد، فإنه بناء على أن المناط هو الغرر الشخصي فلو كيل الموزون، أو وزن المكيل، أو وزن المعدود فلا إشكال في صحة البيع باحد المذكورات بغير ما تعارف به

(2) اي في ص 159: من أن الأخبار الواردة في هذا المقام و هي:

صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 186.

و صحيحة ابن محبوب المشار إليها في ص 191.

و رواية ابان المشار إليها في ص 192.

و مرسله ابن بكير المشار إليها في ص 193.

(3) اي و حين أن قلنا: إن ظاهر الأخبار المذكورة المشار إليها -

هل يجوز بيع المكييل وزنا و بالعكس

اشارة

فنعول: اختلفوا في جواز بيع المكييل وزنا، و بالعكس (1) و عدمه (2) على أقوال (3):

(ثالثها): جواز الكيل وزنا، دون العكس، لأن الوزن اصل الكيل و أضبط، و إنما عدل إليه في المكييلات تسهيلا.

فالمحكي عن الدروس (1) في السلم جوازه مطلقا (4)، حيث قال:

و لو اسلم في المكييل وزنا، و بالعكس فالوجه الصحة، لرواية وهب عن الامام الصادق عليه السلام.

+++++

- في ص 186-191-192 في هذا الباب هو اعتبار التقدير فقط من دون ملاحظة الغرر الشخصي.

(1) و هو بيع الموزون كيلا.

(2) اي عدم جواز بيع المكييل وزنا، و بيع الموزون كيلا.

(3) اي أقوال ثلاثة:

(الاول): الجواز مطلقا في المكييل و الموزون اي يجوز بيع كل منهما بالآخر.

(الثاني): عدم الجواز مطلقا اي لا يجوز بيع الموزون بالمكييل و لا المكييل بالموزون.

(الثالث): جواز بيع ما يكال وزنا، و عدم جواز بيع ما يوزن كيلا، لأن الوزن اصل، و إلى هذا القول اشار الشيخ بقوله في هذه الصفحة: ثالثها جواز الكيل.

(4) اي جواز بيع ما يوزن كيلا، و بيع ما يكال وزنا جائز في بيع السلف.

ص: 204

و كأنه (1) اشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن ابيه عن علي صلوات الله عليهم قال:

لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن (2).

و لا يخفى (3) قصور الرواية سندا بوهب، و دلالة: بأن الظاهر

+++++

(1) اي و كأن الشهيد الاول قدس سره اشار إلى وجه صحة بيع ما يكال وزنا، و بيع ما يوزن كيلا في بيع السلف إلى رواية وهب المروية عن الامام الصادق عليه السلام.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 13. ص 63 الباب 7 الحديث 1.

خلاصة استدلال الشهيد برواية وهب أن الرواية تصرح بجواز إسلاف ما من شأنه أن يوزن كيلا.

و بجواز إسلاف ما من شأنه أن يكال وزنا بعد أن كان الكيل و الوزن مقدرين اي معلومي المقدار فيهما.

(3) من هنا يروم الشيخ قدس سره أن يرد ما افاده الشهيد في الدروس في هذا المقام بتمسكه برواية وهب.

و خلاصته أن في رواية وهب قصورين:

قصورا سنديا، لانتهاؤها بوهب، حيث إنه مشترك بين الثقة وغيرها.

و قصورا دلالتيا، إذ الرواية المذكورة إنما تجوّز إسلاف الموزون في المكيل: بأن يباع شيء سلفا و هو مما يوزن و الثمن كان من المكيل و قد اخذ كيلا.

أو يباع شيء سلفا و هو مما يكال و الثمن كان من الموزن و قد اخذ وزنا.

و الباء في بأن الظاهر منها بيان لكيفية قصور الرواية دلالة كما عرفت.

ص: 205

منها (1) جواز إسلاف الموزون في المكييل، و بالعكس (2)، لا جواز (3) تقدير المسلم فيه المكييل بالوزن، و بالعكس.

و يعضده (4) ذكر الشيخ الرواية (5) (1) في باب إسلاف الزيت في السمن.

الكلام في مقامين

إشارة

فالذي (6) ينبغي أن يقال: إن الكلام تارة (7) في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر من حيث جعله دليلا على التقدير

+++++

(1) اي من رواية وهب المشار إليها في ص 205.

(2) و هو جواز إسلاف المكييل في الموزون كما عرفت.

(3) اي و ليس المراد من الجواز في رواية وهب ما فهمه الشهيد الاول و افاده في الدروس: و هو الجواز مطلقا بقوله: و لو اسلم في المكييل وزنا، و بالعكس فالوجه الصحة عند نقل الشيخ عنه في ص 204 بقوله: فالمحكي عن الدروس.

(4) اي و يقوي ما ذكرناه نحن، لا ما افاده الشهيد في الدروس ذكر الشيخ قدس سره رواية وهب في باب إسلاف الزيت في السمن:

بأن يباع الزيت سلفا و كان من الموزون و اخذ ثمنه من السمن كيلا.

(5) و هي رواية وهب المشار إليها في ص 205.

(6) خلاصة الكلام في هذا المقام أن بيع المكييل بالوزن، و الموزون بالكيل على قسمين:

و نشير إلى كل واحد منهما عند رقمه الخاص.

(7) هذا هو القسم الاول: و هو عبارة عن كفاية كل من التقديرين و هما: تقدير الموزون بالمكييل، و المكييل بالموزون: بحيث يحمل التقدير الآخر على التقدير المعترف فيه: بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون، أو من الوزن كيل المكييل.

ص: 206

المعتبر فيه: بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون، وبالعكس (1).

(و تارة) (2) في كفايته فيه اصلا من غير ملاحظة تقديره بالمتعارف.

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

أما الاول (3) فقد يكون (4) التفاوت المحتمل مما يتسامح به عادة.

وقد يكون (5) مما لا يتسامح فيه.

أما الاول (6) فالظاهر جوازه، خصوصا مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه، لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه.

غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقا إليه.

+++++

(1) بأن يستكشف من الوزن كيل المكيل.

(2) هذا هو القسم الثاني: وهو عبارة عن كفاية كل من التقديرين المذكورين في التقدير الآخر أصالة وبالاستقلال اي من غير ملاحظة التقدير المتعارف.

(3) وهو القسم الاول المشار إليه في الهامش 7 ص 206.

يروم الشيخ بكلامه هذا تقسيما للقسم الاول: بأن يجعله مقسما اي القسم الاول المشار إليه في ص 206 على قسمين:

(4) هذا هو القسم الاول للقسم الاول.

(5) هذا هو القسم الثاني للقسم الاول.

(6) اي القسم الاول المشار إليه في الهامش 4 من هذه الصفحة من القسم الاول المشار إليه في الهامش 7 ص 206: وهو ما كان التفاوت بين الوزن و الكيل تفاوتا جزئيا يتسامح به عادة و عرفا فالظاهر جواز بيعه لأن المفروض طريقية كل واحد منهما للآخر اي طريقية الوزن للكيل و الكيل للوزن و إن كانت طريقية احدهما بالأصالة، و الآخر بالعرض

ص: 207

و تويده (1) رواية عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

اشتري مائة راوية من زيت فاعترض راوية، أو اثنتين فأترنهما ثم آخذ سائره على قدر ذلك؟

قال: لا بأس (2).

و استدله بها (3) في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر

+++++

(1) اي و تويد جواز بيع القسم الاول المشار إليه في الهامش 4 ص 207 من القسم الاول المشار إليه في الهامش 7 ص 206: و هو ما كان التفاوت بين الوزن و الكيل تفاوتاً جزئياً يتسامح به عرفاً و عادة:

رواية عبد الملك بن عمرو.

(2) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 255 الباب 5 - الحديث 1.

وجه تأييد رواية عبد الملك لصحة البيع الذي يكون الوزن طريقاً إلى الكيل، أو الكيل طريقاً إلى الوزن أن مضمونها يدل على اختيار احد الموزونين بقياسه إلى ما يماثله في القطر.

أو قياس احد عدلي الحمل بالآخر، و ليس ذلك إلا من باب الطريقة.

ثم إنه بعد القول بانفتاح باب الطريقة لا فرق بين ما لو جعل احد المتماثلين طريقاً إلى الآخر.

و بين ما لو جعل الكيل طريقاً إلى الوزن، أو جعل الوزن طريقاً إلى الكيل.

(3) اي و استدله العلامة برواية عبد الملك على صحة البيع المذكور بقوله:

(الثاني): لو تعذر الوزن، أو العدد كيل بعضه بمكيال، أو -

ص: 208

وزنه بوزن واحد من المتعدد ونسبة الباقي إليه، و اردفه (1) بقوله:

ولأنه يحصل المطلوب: وهو العلم (2).

واستدلّاه (3) الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر.

والتقييد (4) بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال:

وهو تعذر وزن مائة راوية من الزيت.

+++++

- وزن، أو عدّ، ونسب إليه الباقي،

وسئل عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت و اعترض راوية، أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك ؟

فقال: لا بأس.

(1) اي العلامة عقّب دليله الاول الذي هي الرواية بدليل ثان:

وهو قوله: ولأنه يحصل المطلوب وهو العلم.

(2) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 45.

(3) هذا رد من الشيخ على الاستدلال الثاني للعلامة: وهو قوله:

في هذه الصفحة: ولأنه يحصل المطلوب: وهو العلم.

و خلاصته أن حصول العلم بمقدار المبيع بالكيفية المذكورة لا اختصاص له بصورة وزنه بوزن واحد من المتعدد المتعذر، بل يشمل عدم التعذر أيضا.

(4) يروم الشيخ قدس سره توجيه التعذر الوارد في كلام العلامة مع أن كلمة التعذر ليست واردة في رواية عبد الملك كما عرفت.

و خلاصة التوجيه أن التقييد بذلك لعله لاجل أن العلامة قد استنبط التعذر من الغالب في موارد السؤال، حيث إنه يتعذر غالبا توزيع الأشياء الكثيرة التي تأخذ وقتا زائدا موجبا لإتلاف النهار، إذ من الصعب جدا توزيع مائة راوية.

و لا يخفى (1) أن هذه العلة لو سلّمت على وجه يقدح في عموم ترك الاستفصال إنما يجب الاقتصار على موردها(1) (2) لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير.

وقد عرفت أن هذا (3) في الحقيقة تقدير وليس بجزاف.

نعم (4) ربما ينافي ذلك(2) التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيحيء.

+++++

(1) هذا إشكال آخر من الشيخ على العلامة بعد توجيه التعذر.

و خلاصته أن العلة المذكورة و هو التعذر لو كانت بنحو العلية:

بحيث يضر في عموم ترك الاستفصال من الامام عليه السلام بين التعذر، و غيره لكان الواجب الاقتصار على مورد العلة:

و هي مائة رواية لا غير.

(2) اي مورد العلة و هي مائة رواية كما عرفت آنفا.

(3) اي التقدير بما يكون متعارفا هو في الواقع و نفس الامر تقدير، و ليس بجزاف، لأنه طريق إلى معرفة وزنه.

و فيما نحن فيه يكون كيل ما يوزن طريقا إلى معرفة وزنه، و توزين ما يكال طريقا إلى معرفة كيله.

(4) استدراك عما افاده: من أن الاكتفاء بالتقدير المتعارف في الواقع تقدير و ليس بجزاف، لأنه طريق إلى معرفة وزنه.

و خلاصته أن الاكتفاء بالتقدير بما يكون متعارفا يتنافى و كونه مطلقا طريقا إلى معرفة وزنه حتى و لو لم يكن هناك تعذر لأن مقتضى الاكتفاء بالتقدير بغير المتعارف هو عدم الاكتفاء به إلا في صورة التعذر، إذ الراوي فرض الاكتفاء في عد الجوز بالكيل الموصول إليه: بصورة التعذر، و ظاهره عدم جوازه في غيرها، و لذا -

ص: 210

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و أما لو كان (1) التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أمانة على ذلك المقدار، لأن ذلك أيضا خارج عن الجراف فيكون نظير إخبار البائع بالكيل، و يتخير المشتري لو نقص.

و ما تقدم من صحيحة الحلبي (2) في أوّل الباب من المنع عن شراء احد العدلين بكيل احدهما قد عرفت توجيهه هناك (3).

هذا كله مع جعل التقدير غير المتعارف أمانة على المتعارف.

التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلا

و أما كفاية (4) احد التقديرين عن الآخر اصالة من غير ملاحظة

+++++

- لم ينكر عليه الامام عليه السلام: بأن يقول له: لا يختص جعل الكيل طريقا بصورة التعذر، كما في صحيحة الحلبي الآتية في ص 214

(1) هذا هو القسم الثاني المشار إليه في الهامش 5 ص 207 من القسم الاول المشار إليه في الهامش 7 ص 206.

(2) المشار إليها في ص 186.

و المراد من أوّل الباب أوّل مسألة العلم بقدر المضمن المذكورة في ص 186، حيث إن هذه المسألة أوّل مسألة من مسائل العلم بقدر المبيع التي ينبغي عقد باب لها.

(3) راجع الهامش 1 من ص 188 عند قولنا: و خلاصة التعليل.

(4) هذا هو القسم الثاني من القسمين الذين افادهما الشيخ في ص 206 بقوله: إن الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين.

و في ص 207 بقوله: و تارة في كفايته فيه اصلا.

وقد اشير إلى القسم الثاني في الهامش 5 ص 207.

ص: 211

التقدير المتعارف فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور كما عن الرياض، لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهي عنه في الأخبار، و معقد الاجماع، لأن الوزن أضبط من الكيل و مقدار مالية المكيلات معلوم به (1) أصالة من دون ارجاع إلى الكيل.

و المحكي المؤيد بالتبع أن الوزن اصل الكيل، و أن العدول إلى الكيل من باب الرخصة، و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات.

و يشهد لأصالة الوزن أن المكايل المتعارفة في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن، إذ ليس هنا كيل واحد تقاس المكايل عليه (2).

+++++

(1) اي بالوزن، فإنه المعيار في مقدار مالية المكيلات.

(2) اورد المحقق الايرواني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 198 على ما افاده الشيخ قدس سره في هذا المقام.

و خلاصته مع تصرف منا: إن عدم وجود كيل واحد في الخارج تقاس المكايل الموجودة بأجمعها عليه منقوص بالوزن، فإنه ليس في الخارج وزن خاص، و ثقل معين معلق بين الارض و السماء من قبل الباري عزّ و جلّ تقاس الأوزان الموجودة عليه، و إنما مبدأ كل وزن كان اقتراحيا من قبل الناس ثم حصل التداول بينهم شيئا فشيئا.

و هذا الملاك بعينه جار في جانب الكيل حرفيا، لأن معرفة المقادير بالكيل، أو الوزن معرفة تخمينية، إذ مآل المعرفة بالوزن إلى معرفة ثقله لو حمله بيده مثلا.

و إلا فتقدير (الحقة) بالمشاقيل ثم المشاقيل بالحمص، و الحمص بحب الشعير، و هكذا لا ينتهي إلا إلى ما ذكرناه: -

ص: 212

و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه (1) عن الوزن ففيه إشكال، بل لا يبعد عدم الجواز.

وقد عرفت عن السرائر (2) أن ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفة، إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة، أو ملاء اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة.

فالقول بالجواز فيما نحن فيه (3) مرجعه إلى كفاية المشاهدة.

+++++

- وهو الإحالة إلى ما يعرف مقدار ثقله بحمله.

و كذلك في جانب الكيل يرجع الامر بالآخرة إلى المعرفة بالمشاهدة هذا ما اورده شيخنا الايرواني على الشيخ قدس سرهما.

و لكن يمكن أن يقال: إن مقصود الشيخ من أن الوزن اصل الكيل، وأن العدول إلى الكيل من باب الرخصة هو كون الوزن اصلا عقلايا ووجدته العقلاء لمعاملاتهم و معاوضاتهم التي يتعاطون بها حتى لا يبقى مجال للنزاع فيما بينهم.

و ليس المقصود أن هناك سببا متصلا للوزن بين السماء و الارض حتى يورد عليه بتلك المقالة.

و ما قلناه: من الإمكان في الدفاع عن الشيخ غير خفي على القراء الكرام.

(1) اي من دون كون الكيل طريقا إلى معرفة الوزن، بل يكون هو اصلا بالاستقلال.

(2) في ص 186 عند نقل الشيخ عنه بقوله:

وفي السرائر: ما يباع وزنا فلا يباع كيلا.

(3) و هو كفاية الكيل فيما يوزن.

ص: 213

ثم إنه قد اعلم مما ذكرنا (1) أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين، دون الآخر كالحقنة و الرطل و الوزنة باصطلاح اهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم، خصوصا الأعاجم: فهي غير جائزة لأن مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه، و جعله في الميزان، و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة.

هذا كله (2) في المكييل و الموزون.

و أما المعدود فإن كان الكيل، أو الوزن طريقا إليه فالكلام فيه كما عرفت في اخويه (3).

وربما ينافيه (4) التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله

+++++

(1) اي في تعريف الوزن و الكيل من بداية المسألة المشار إليها في ص 186 - إلى ص 213.

(2) اي ما قلناه من بداية المسألة المشار إليها في ص 186 كله كان حول المكييل و الموزون.

(3) وهما الكيل و الوزن، فإنك عرفت أن احدهما إذا صار طريقا إلى معرفة تقدير الاخر بغير ما يتعارف فلا إشكال في صحة البيع به هكذا.

فكذلك المعدود إذا كان الكيل، أو الوزن طريقا إلى معرفته فلا إشكال في صحة البيع به هكذا.

(4) اي وربما ينافي القول بكفاية الكيل، أو الوزن إذا كان احدهما طريقا إلى معرفة المعدود تقرير الامام عليه السلام المستفاد من صحيحة الحلبي

هذه هي الصحيحة التي افادها الشيخ بقوله في ص 210:

نعم ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية.

ص: 214

عليه السلام أنه سئل عن اجوز لا نستطيع أن نعدده فيكالم بمكيال، ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟

قال: لا بأس به (1)، فإن (2) ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة، ولم يردعه الامام عليه السلام بالتنبيه، على أن ذلك (3) غير مختص بصورة الاضطرار.

لكن التقرير (4) غير واضح فلا تنهض الرواية لتخصيص العمومات (5)، ولذا (6) قوى في الروضة الجواز مطلقا.

+++++

(1) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12، ص 258 الباب 7، الحديث 1.

(2) هذا وجه المنافاة وقد عرفته في الهامش 4 ص 210 عند قولنا و خلاصته أن الاكتفاء بالتقدير.

(3) وهي صحة بيع ما كان معدودا بالوزن، أو الكيل إذا صار احدهما طريقا إلى معرفة المعدود.

(4) اي تقرير الامام عليه السلام: وهو عدم إنكاره على السائل:

بأن يقول له: لا اختصاص لجعل الكيل طريقا بصورة التعذر:

غير واضح على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار والاعتذار.

(5) الدالة على صحة بيع ما كان معدودا بالوزن، أو الكيل إذا صار احدهما طريقا إلى معرفة المعدود.

و المراد من العمومات قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

(6) اي و لاجل أن تقرير الامام عليه السلام غير واضح، ولا ينهض لتخصيص العمومات المذكورة الدالة على الجواز مطلقا قوى -

ص: 215

و أما كفاية الكيل فيه (1) أصالة فهو مشكل، لأنه لا يخرج عن المجازفة، و الكيل لا يزيد على المشاهدة (2).

و أما الموزون فالظاهر كفايته (3)، بل ظاهر قولهم في السلم:

إنه لا يكفي العد في المعدودات و إن جاز بيعها معجلا بالعد، بل

+++++

- الشهيد الثاني قدس سره في الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية جواز البيع المذكور مطلقا.

راجع (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 366 عند قول الشارح رحمه الله:

بل لو قيل بجوازه مطلقا، لزوال الغرر، و حصول العلم، و اغتفار التفاوت كان حسنا، و في بعض الأخبار دلالة عليه.

انتهى ما افاده هناك.

و مراد الشهيد الثاني من بعض الأخبار صحيحة الحلبي التي فيها السؤال عن الجواز المذكورة في ص 214 عند قول الشيخ:

و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي.

(1) اي في المعدود أصالة و استقلالاً، من دون أن يكون الكيل أو الوزن طريقاً إلى معرفة مقدار المعدود.

(2) اي الكيل في صورة كونه بالأصالة و الاستقلال من دون أن يكون طريقاً إلى معرفة المعدود لا يكون زائداً في المعرفة على المشاهدة كما أن المشاهدة في المبيع من دون العلم بمقداره لا يصحح البيع.

كذلك الكيل من دون أن يكون طريقاً إلى معرفة المعدود لا يكون مصححاً لبيع المعدود كيلاً.

(3) اي الظاهر كفاية وزن المعدود على أن يكون الوزن طريقاً إلى معرفة المعدود، ثم يبعه كذلك، و أن البيع صحيح.

ص: 216

لا بد من الوزن: أنه (1) لا خلاف في أنه أضبط، وأنه (2) يغني عن العد.

فقولهم (3) في شروط العوضين: إنه لا بد من العد في المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير.

لكنه ربما ينافي ذلك (4) تعقيب بعضهم ذلك بقولهم:

و يكفي الوزن عن العد، فإنه (5) بوجه كونه الاصل في الضبط.

إلا أن يريدوا (6) هنا الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

+++++

(1) اي وزن المعدود على أن يكون الوزن طريقا إلى معرفة المعدود، ثم يبعه كذلك اضبط و اصح من العد.

(2) اي الوزن يغتني عن عد بقية المعدود المبيع.

(3) الفاء تفرع على ما افاده: من كون الوزن اضبط من العد وأنه يغني عن العد اي ففي ضوء ما ذكرنا يكون قول الفقهاء في شروط العوضين: إنه لا بد من العد في المعدودات محمولا على أن العد اقل مراتب التقدير، لا أنهم لا يجوزون أن يكون الوزن طريقا إلى معرفة المعدود.

(4) اي ربما ينافي تعقيب بعض الفقهاء جواز وزن المعدود على نحو الطريقة بقولهم: و يكفي الوزن.

(5) تعليل للمنافاة المذكور اي قول بعض الفقهاء بكفاية الوزن عن العد يوهم أن الوزن فرع، و العد اصل من حيث الضبط، مع أننا بنينا على أن الوزن اصل، و العد فرع، لأن الوزن اضبط.

(6) اي إلا أن يقصد الفقهاء من قولهم: إن العد اصل في الضبط و الوزن فرع الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف بين الناس.

لا أن العد بحسب الواقع و الحقيقة هو الضبط المتعارف.

ص: 217

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا، أو موزونا.

بقي (1) الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا، أو موزونا.

+++++

- إذا لا مجال للايهام المذكور.

(1) من هنا يروم الشيخ قدس سره بعد الفراغ عن ذكر تلك الكبرى الكلية التي افادها في الموزون و المكييل، و المعدود و المزروع: وهي كل مكييل لا بد أن يكال.

كل موزون لا بد أن يوزن.

كل معدود لا بد أن يعد.

كل مذروع لا بد أن يذرع:

أن يبحث عن صغريات تلك الكبريات و مصاديقها، و تعيين أن أي شيء يكون من المكييل، أو أي شيء من الموزون، أو أي شيء من المعدود، أو أي شيء من المذروع، و أي شيء يصح بيعه مشاهدة.

و يريد أن يعطيك درسا كاملا عن ذلك حتى يكون هو المعيار و المناط في الموزون و المكييل و المعدود و المذروع.

و قبل الدخول في البحث عن الصغريات لا بد أن تعلم أن نزاع الفقهاء ليس في المعاني اللغوية لهذه الألفاظ، فإن مفاهيمها اللغوية من حيث الوضع اللغوي معلومة، إذ معنى (الوزن) هو الامتحان و الاختبار بألة مهية لذلك يعبر عنها ب: (الميزان)، ليعلم ثقل الشيء و خفته بما يعادله.

يقال: هذا يزن رطلا أي يعدل رطلا.

و كذلك الكيل، فإن معناه تعيين كمية و مقدارها بواسطة آلة معدة لذلك كالصاع مثلا.

و كذلك العد، فإن معناه هو إحصاء عدد تعارف العد به. -

فقد قيل (1): إن الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع.

و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما، فما (2) كان مكيلا

+++++

- و كذلك الذرع، فإن معناه هو القياس اي قياس مقدار من القماش، أو الارض بألة مهيأة لذلك.

و يعبر عن تلك الآلة في عصرنا الحاضر ب:

متر - سانتيمتر - فوت - انج.

و في القرون الماضية يعبر عنها ب: ذرع - ذراع.

إذا عرفت ذلك فاللازم علينا حينئذ البحث عن تلك الصغريات و مصاديقها حتى تطبق عليها الكبريات المذكورة.

فنحن نتبع الشيخ فيما افاده حول الصغريات و المصاديق حرفيا و نذكرها في أماكنها.

(1) من هنا اخذ الشيخ في نقل أقوال الفقهاء في صغريات تلك الكبريات فقال: و قد قيل.

خلاصة هذا القيل: أن الاعتبار و المناط في مكيلية الشيء، أو موزونيته، أو معدوديته، أو مذروعيته: هو كون الشيء مكيلا، أو موزونا، أو معدودا، أو مذروعا في عهد الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم.

فكل ما كان كذلك، و علم أنه مكيل، أو موزون في عهده صلى الله عليه و آله يباع مكيلا، أو موزونا لا محالة.

و أما حكم باقي الأجناس و الأشياء التي تكون في البلدان فيكون تابعا لما هو المتعارف في تلك البلاد.

(2) الفاء تفريع على ما افاده من أن حكم باقي الأجناس -

ص: 219

أو موزونا في بلد يباع كذا، وإلا (1) فلا.

وعن ظاهر مجمع البرهان (2)، وصریح الحدائق نسبتہ (3) إلى الأصحاب.

وربما منع ذلك (4) بعض المعاصرين قائلا: إن دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه صلى الله عليه وآله وسلم على وجه المذكور غريبة، فإني لم اجد ذلك (5) في كلام احد من الأساطين

+++++

- الموجودة في البلاد تابع لتلك البلاد اي ففي ضوء ما ذكرنا يكون كل شيء مكيلا، أو موزونا في بلد لا بد أن يباع بالوزن، أو الكيل في ذلك البلد.

(1) اي وإن لم يكن باقي الأجناس مكيلا، أو موزونا في بلد فلا يباع مكيلا، أو موزونا.

(2) مجمع البرهان للمحقق الاردبيلي قدس سره.

يأتي شرح الكتاب و المؤلف في (أعلام المكاسب).

أليك نص عبارته.

ثم اعلم أنهم قالوا: المراد بالمكيل و الموزون ما ثبت به الكيل و الوزن في زمانه صلى الله عليه وآله.

و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها.

فما كان مكيلا في بلد، أو موزونا فيه يباع كذلك، وإلا فلا.

راجع (نهج الفقاهة) الجزء 1. ص 416.

(3) اي نسبة هذا القول إلى أصحابنا الامامية.

(4) اي منع المناط المذكور في مكيلية الشيء و موزونيته.

و المراد من بعض المعاصرين هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره

(5) اي المناط المذكور.

فضلا عن أن يكون اجماعا.

نعم قد ذكروا (1) ذلك بالنسبة إلى حكم الربا لا (2)، أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة.

و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله وسلم في رفع شيء من ذلك و اثباته، انتهى (3).

اقول (4): ما ذكره دام ظلّه (5): من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا: يعني في شروط العوضين، وإنما ذكره في باب الربا حق

+++++

(1) اي الفقهاء ذكروا المناط المذكور في باب الربا:

بمعنى أن كل ما كان يجري فيه الكيل، أو الوزن في عهده صلى الله عليه وآله وسلم يجري فيه الربا.

(2) اي وليس الامر كذلك بالنسبة إلى الجهالة و الغرر، لعدم مدخلية عهده صلى الله عليه وآله وسلم لا في رفع مكيلية شيء، أو موزونيته.

(3) اي ما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام.

راجع (جواهر الكلام) الطبعة الجديدة. الجزء 22 من ص 425 إلى ص 427.

فقد ذكر قدس سره في المصدر نفسه ما ذكره استاذة الشيخ كاشف الغطاء قدس سره في المكييل و الموزون، ثم افاد أنه تبع صاحب الحدائق في ذلك، ثم ذكر مناقشة صاحب الحدائق مع المحقق الاردبيلي فيما افاده، ثم اورد الشيخ صاحب الجواهر على صاحب الحدائق.

(4) من هنا اخذ الشيخ في الرد على صاحب الجواهر فيما افاده في هذا المقام حرفيا.

(5) جملة: دام ظلّه قرينة على أن اعتراض شيخنا الانصاري على صاحب الجواهر كان في حياته.

ص: 221

إلا أن المدار وجودا وعلما في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء.

و اكثر الفقهاء (1) لم يذكروا تحديد هذا الشرط، و المعيار فيه هنا: يعني في شروط العوضين: إلا أن الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا (2)، و في ذلك الباب (3).

و أما اختصاص هذا المعيار (4) بمسألة الربا، و عدم (5) جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع.

+++++

(1) خلاصة هذا الكلام أن جلّ الفقهاء في مبحث شروط العوضين لم يذكروا هذا الشرط: و هو كون الشيء مكبلا، أو موزونا عند تحديد شروط العوضين و تعريفها.

و كذا لم يذكروا المعيار و المناط في المكيل و الموزون عند شروط العوضين، و أن المراد بهما هو المكيل و الموزون في عهد الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله.

(2) اي ما هو المناط في شروط العوضين.

(3) اي في باب الربا.

(4) اي اختصاص الوزن و الكيل بالأجناس الربوية في زمن الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله كما افاده صاحب الجواهر بقوله:

في ص 221.

نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا.

(5) اي و عدم جريان المعيار في شروط العوضين كما ذكره صاحب الجواهر بقوله في ص 221 عند نقل الشيخ عنه: لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة.

ص: 222

أما (1) أولاً فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه.

قال (2) في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهدہ صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم في شيء الكيل لم يجز إلا كيلا في سائر البلاد.

و ما كانت فيه وزنا لم يجز إلا وزنا في سائر البلاد.

و المكيال مكيال اهل المدينة، و الميزان ميزان اهل مكة هذا كله لا خلاف فيه.

فإن كان مما لا تعرف عادته في عهدہ صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فاذا ثبت ذلك.

فما عرف بالكيل لا يباع إلا بالكيل، و ما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزنا، انتهى (3).

و لا يخفى عموم ما ذكره (4)

+++++

(1) من هنا اخذ الشيخ في رد ما افاده صاحب الجواهر: من عدم جريان المكيال و الموزون في شروط العوضين فقال:

أما أولاً فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلاف ما افاده.

(2) من هنا اخذ الشيخ في نقل كلمات الأصحاب في خلاف ما افاده صاحب الجواهر فاول كلام نقله كلام شيخ الطائفة.

(3) راجع (المبسوط) الطبعة الجديدة الجزء 2 ص 90.

(4) اي ما ذكره الشيخ في المبسوط في الكيل و الوزن عام يشمل ما كان المبيع بالمثل، أو بالغير، أو بالنقد، حيث قال:

إن كانت عادة اهل الحجاز في عهدہ في شيء.

فإن كلمة شيء عامة تشمل كل مبيع.

ص: 223

من التحديد لمطلق البيع، لا (1) لخصوص مبيعة المتماثلين.

ونحوه (2) كلام العلامة في التذكرة.

وأما ثانياً فالأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم (3) هنا، وفي باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد: اعني المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان:

(احدهما): عدم صحة بيعه جزافاً (4).

(و الآخر) عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلاً (5).

و يزيده (6) وضوحاً ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن.

+++++

(1) اي و ليس ما ذكره في المبسوط مختصاً بالجنسين المتماثلين المرويين.

(2) اي و نحو كلام الشيخ في المبسوط في أن المعيار في المكيل و الموزون ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهده صلى الله عليه وآله و سلم كلام العلامة في التذكرة.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 221-224.

(3) اي في كلمات الفقهاء في شروط العوضين.

(4) اي تخميناً بلا كيل، و لا وزن.

يقال: باعه، أو اشتراه جزافاً اي بغير كيل و لا وزن.

(5) كما في الجنسين الربويين.

(6) اي و يزيد هذا المطلب: و هو عدم اختصاص المكيل و الموزون بالربا: بل جريانهما في شروط العوضين:

ملاحظة الأخبار الواردة في مسألة شروط العوضين، و مسألة الربا، و قد ذكر الشيخ أخبار مسألة شروط العوضين و هي:

صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 186.

فإذا ذكروا ضابطة لتحديد (1) الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين (2).

وأما ثالثاً فلأنه يظهر من جماعة تصرّيحاً، أو ظهوراً أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحة بيعه.

قال المحقق (3) في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفريعاً على ذلك:

إنه لا- ربا في الماء، إذ لا يشترط في بيعه الكيل، أو الوزن (4) وقال في الدروس (1): ولا يجري الربا في الماء، لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقداً.

ثم قال: وكذا الحجارة والتراب والحطب، ولا عبرة ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان، لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

وهذا المضمون (5) سهل الإصابة لمن لاحظ كلماتهم فلاحظ

+++++

- وصحيحة ابن محبوب المشار إليها في ص 191.

ورواية ابان المشار إليها في ص 192.

ومرسلة ابن بكير المشار إليها في ص 193.

(1) اي لتعريف المكيل والموزون.

(2) وهما: مسألة شروط العوضين، و مسألة الربا.

(3) من هنا اخذ الشيخ في نقل كلمات الأعلام الصريحة، أو الظاهرة في أن من شروط الربا أن يكون الكيل، أو الوزن شرطاً في صحة بيعه فقال: قال المحقق.

(4) راجع (شرائع الاسلام) الطبعة الجديدة. الجزء 2 ص 45.

(5) وهو عدم اختصاص الكيل، أو الوزن بالربا، بل يجريان حتى في شروط العوضين.

ص: 225

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

المسالك هنا، و شرح القواعد، و حاشيتهما للمحقق الثاني و الشهيد عند قول العلامة:

و المراد بالمكيل و الموزون هنا (1) جنسه و إن لم يدخله، لقلته كالحبة و الحبتين من الحنطة، أو لكثرتة كالزبرة.

و لازم ذلك: يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل و الوزن في صحة بيعه أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس، لثبوت كونه مكيلا، أو موزونا على عهد رسول صلى الله عليه و آله لم أن لا يجوز بيعه جزافا، و إلا (2) لم يصدق ما ذكره: (1)

من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه.

و بالجملة فتلازم الحكمين: اعني دخول الربا في جنس، و اشتراط بيعه بالكيل، أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الأصحاب.

و حينئذ (3) فنقول: كل ما ثبت كونه مكيلا، أو موزونا

+++++

(1) اي المناط في كون الشيء مكيلا أو، موزونا في شروط العوضين هو جنس المكيل، أو الموزون.

فكل جنس من شأنه أن يوزن فهو موزون.

و كل جنس من شأنه أن يكال فهو مكيل.

و لا مدخلة للوزن و الكيل في جنس المكيل و الموزون.

سواء أكان جنس المكيل، أو الموزون قليلا كالحبة و الحبتين أم كثيرا كالزبرة التي هي القطعة العظيمة من الحديد.

(2) اي و إن لم يثبت الربا في جنس في زماننا، لعدم ثبوت كون الجنس مكيلا، أو موزونا في عهد الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم.

(3) اي و حين أن قلنا: إن المناط في مكيلية الشيء و موزونيته -

ص: 226

في عصره صلى الله عليه وآله فهو ربوي في زماننا، ولا يجوز بيعه جزافا.

فلو فرض تعارف بيعه جزافا عندنا كان باطلا، وإن لم يلزم غرر للاجماع، ولما عرفت: من أن اعتبار الكيل والوزن لحكمة سد باب نوع الغرر (1)، لا شخصه (2)، فهو (3) حكم لحكمة غير مطردة

نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، واعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأن في تركه مظنة التنازع والتغابن، ونحو ذلك.

والظاهر كما عرفت من غير واحد (4) أن المسألة اتفافية.

وأما ما علم أنه كان يباع جزافا في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم

+++++

- هو ما كان مكيلا أو موزونا في عهده صلى الله عليه وآله وسلم.

(1) وهو الغرر الكلي الحاصل لنوع المبيع كما تقدم عن الشيخ في ص 203 عند قوله: من غير ملاحظة الغرر الشخصي، لحكمة سد باب الغرر.

(2) اي لا غرر الشخصي الحاصل لشخص المبيع.

(3) اي عدم جواز بيع المكييل والموزون جزافا حكم لحكمة:

وهي عدم الغرر، وهذه الحكمة غير مطردة حتى يكون الحكم دائرا مدار الحكمة: وجودا وعدما.

بخلاف ما إذا كان الحكم علة، فإنه يكون دائرا مدارها:

وجودا وعدما.

(4) اي عرفت من غير واحد من أعلام الطائفة في بحث المكييل والموزون أن الاعتبار في مكيلية الشيء وموزونيته ما كان موزونا في عهد الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم، وعرفت أن المسألة متفق عليها.

ص: 227

فالظاهر جواز بيعه كذلك (1) عندنا مع عدم الغرر قطعاً.

والظاهر أنه اجماعي كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على أن مثل هذا ليس بريوي، والشهرة محققة على ذلك.

نعم ينافي ذلك (2) بعض ما تقدم: من اطلاق النهي عن بيع المكيل و الموزون جزافاً الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الامام عليه السلام أو في عرف السائل، أو في عرف المتبايعين، أو أحدهما، وإن لم يتعارف في غيره.

وكذلك (3) قوله عليه السلام: ما كان من طعام سميت فيه

+++++

(1) اي بيع الشيء جزافاً في زماننا حتى ولو كان الكيل و الوزن متعارفاً فيه عندنا.

و لا يخفى جواز بيع الشيء جزافاً في زماننا إذا كان يباع في عهده صلى الله عليه و آله و سلم جزافاً مقيد بقيد عدم ترتب غرر نوعي عليه.

(2) اي ينافي القول بأن المعيار في المكيل و الموزون ما كان مكيلاً و موزوناً في عهده صلى الله عليه و آله و سلم: اطلاق النهي المتقدم الوارد في عدم جواز بيع المكيل و الموزون جزافاً، لأن المكيل و الموزون الواردين في تلك الأخبار المذكورة في ص 186 ظاهراً في الكيل و الوزن المتعارفين في عهد الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم اجمعين، أو في عهد السائل، أو عهد المتبايعين.

إذا تتنافى تلك الأخبار و القول بالمعيار المذكور.

و المراد من النهي المتقدم هي صحيحة الحلبي المذكورة في ص 186 في قوله عليه السلام: لا يصلح إلا بكيل.

(3) اي و كذلك ينافي قوله عليه السلام في صحيحة الحلبي -

ص: 228

كيلا فلا يصلح مجازفة الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهم (1) إلا- أن يقال: إنه لم يعلم أن ما تعارف كيله، أو وزنه في عرف الأئمة وأصحابهم كان غير مقدر في زمان الشارع حتى يتحقق المنافاة.

والاصل (2) في ذلك أن مفهوم المكيال و الموزون في الأخبار لا يراد بهما كلما فرض صيرورته كذلك حتى يعم ما علم كونه غير مقدر في زمن الشارع.

+++++

المذكورة في ص 186: ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة:

وكذا القول بأن المعيار في المكيال و الموزون ما كان مكيلا و موزونا في عهده صلى الله عليه وآله وسلم.

وقد ذكر شيخنا الانصاري وجه المنافاة بقوله في ص 229:

الظاهر في وضع المكيال عليه فلا نشرحه.

(1) هذا الاستثناء في مقام رفع التنافي المذكور.

مقصوده قدس سره منه اثبات أن المعيار في المكيال و الموزون ما كان مكيلا و موزونا في عهده صلى الله عليه وآله وسلم.

إذا يكون المكيال و الموزون في العهدين:

عهد الرسول الأعظم، و عهد الأئمة الأطهار صلى الله عليهم اجمعين متحدين، فلا يتحقق المنافاة.

(2) كأنما الشيخ قدس سره في مقام ابداء نظريته حول المكيال و الموزون، و اعطاء قاعدة كلية يمكن انطباقها على مصاديقها و صغرياتهما في الخارج حتى لا يتحقق المنافاة المذكورة فقال ما حاصله: -

ص: 229

بل المراد (1) بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة، و لا موزونة في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم.

لكن يرد على ذلك (2) مع كونه (3) مخالفا للظاهر المستفاد

+++++

- إن الاساس و العمدة في عدم تحقق المنافاة بين المكييل و الموزون في العهدين: هو عدم إرادة المفهوم الكلي من الكيل و الوزن الواردين في تلك الأخبار المذكورة في ص 186، و ص 192 بحيث كلما فرضا و تصورا يصير مفهومهما كليا.

بعبارة اخرى أن الحكم في المكييل و الموزون لم يتعلق بنفس العنوان و شخصه حتى يشمل مفهومهما كل مكييل و موزون لم يكونا مقدرين في عهده صلى الله عليه و آله و سلم.

(1) اي بل المراد من المكييل و الموزون هو مصداقهما الفعلي المعنون بهما في عهد الأئمة عليهم السلام و أصحابهم، لأن البحث عنهما بحث عن أفرادهما و صغرياتهما.

فالأفراد الموجودة منهما غير معلومة الوزن و الكيل في عهده صلى الله عليه و آله و سلم لا تكون من المكييل و الموزون.

(2) اي يرد على ما قلناه: من أن المراد من المكييل و الموزون مصداقهما الفعلي.

من هنا يروم الشيخ هدم ما افاده في المكييل و الموزون، و يورد عليه إشكالين.

و نحن نشير إلى كل واحد منهما عند رقمهما الخاص.

(3) هذا هو الإشكال الاول.

و خلاصته أن القول بكون المراد منهما هو مصداقهما الفعلي -

ص: 230

من عنوان ما يكال، أو يوزن أنه (1) لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل فيما شك في كونه مقدرًا في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير

+++++

- خلاف ظاهرهما المستفاد من عنوان ما يكال و يوزن، الواردين في الأحاديث، لأن الأحكام دوما تتوجه نحو المفاهيم الكلية، لا نحو المصاديق و الصغريات.

خذ لذلك مثالا.

لوقال الشارع المقدس: الدم نجس، الغصب حرام لا يريد بالدم و الغصب دما معينًا، و غصبا معينًا.

بل يروم بذلك مطلق الدم، و مطلق الغصب.

ففيما نحن فيه: و هو المكيل و الموزون قد تعلق الحكم بهما بعنوان كلي المكيل، و كلي الموزون سواء أ كانا في عهده صلى الله عليه و آله و سلم أم في عهد الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم.

و لم يتعلق بهما بما أنهما كانا في عهده صلى الله عليه و آله و سلم.

و لا سيما التعبير عنهما بلفظ المضارع الدال على الحدوث و التجدد فإنه يؤيد ذلك.

(1) أن مع اسمها مرفوعة محلا فاعل لقوله: لكن يرد على ذلك.

هذا هو الإشكال الثاني.

و خلاصته أنه لا دليل لنا حين أن قلنا: إن إرادة المصداق الفعلي من المكيل و الموزون مخالف للظاهر المستفاد من عنوانهما: على اعتبار الكيل و الوزن في الموارد المشكوكة التي لا يعلم أنها كانت مقدره بالكيل و الوزن في عهده صلى الله عليه و آله و سلم.

مع أن هذه الموارد المشكوكة كانت مقدره في الأزمنة الاخيرة التي كانت بعد عهده صلى الله عليه و آله و سلم في جميع البلدان -

ص: 231

فيه في الزمان الآخر، إذ (1) لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكييل و الموزون.

بل لا بد من كونه احد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار و لا دليل أيضا على الحلق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان (2)

+++++

- لأن الملاك و المعيار بناء على هذا القول هو عهده، لا عهد الآخرين.

ففي الموارد المشكوكة نتمسك بعمومات صحة البيع.

و هي: وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ .

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

(1) تعليل لعدم وجود دليل على اعتبار الكيل و الوزن في الموارد المشكوكة التي لا يعلم أنها كانت مقدرة بالكيل و الوزن في عهده صلى الله عليه و آله و سلم.

و خلاصته أن مجرد الحكم بمكييلية شيء، أو موزونيته حين القول بأن إرادة المصداق الفعلي من المكييل و الموزون خلاف للظاهر المستفاد من عنوانهما: لا يكفي في دخول الموارد المشكوكة في المفهوم الكلي من المكييل و الموزون.

بل لا بد من كون تلك الموارد المشكوكة احد المصاديق الفعلية للمكييل و الموزون في زمان صدور أخبار الكيل و الوزن.

(2) بأن يكون لكل مدينة كيل خاص و وزن خاص، مع اختلاف البلدان، و هذا غير ممكن، فلا بد من اعتبار التقدير بالوزن و الكيل في زمن صدور الأخبار، أو عدم التقدير بهما في جميع البلدان إذا لم يقدر بهما في زمن صدور الأخبار.

ص: 232

و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة (1) المعنونة بما يكال، أو يوزن على ما هو المشهور: من كون العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ثم بما اتفقت عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسه في غاية الإشكال.

فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين و اثبات ما ينافي ذلك من الأحكام المشهورة (2) بالاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة.

و كذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن.

و مما ذكرنا (3) ظهر ضعف ما في كلام جماعة: من التمسك (4)

+++++

(1) و هي مسألة المكيل و الموزون.

(2) المراد من الأحكام المشهورة هو عدم جواز بيع ما يكال و ما يوزن في عصر الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم جزافاً في غير عصره.

و جواز بيع ما لا يوزن و لا يكال في عصره جزافاً في غير عصره إذا لم يكن في هذا البيع غرر.

(3) و هو تنافي الأخبار الواردة في المكيل و الموزون في عصر الأئمة عليهم السلام، و القول بأن المراد منهما ما كان يكال و يوزن في عصر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم

(4) خلاصة هذا الكلام أن جماعة من الفقهاء تمسكوا للمناط و المعيار في مكيلية الشيء و موزونيته ما كان مكيلاً و موزوناً في عهده صلى الله عليه وآله وسلم بامرین:

(احدهما): وجوب حمل اللفظ على ما هو المتعارف عند الشارع -

لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع: بوجوب (1) حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع.

ولكون (2) المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان: بأن (3) الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية.

ولكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان:

بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه (4)،

+++++

- (ثانيهما): أن المرجع عند عدم العلم بعادة الشرع هي العادة المتعارفة، لأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الحقيقة الشرعية و بعد انتفاء الحقيقة العرفية فالمرجع هو للعرف الخاص.

كما أن المرجع عند اختلاف البلدان هو عادة كل مدينة.

و أما وجه ضعف هذا التمسك هو عدم تحمل اللفظ الواحد لأكثر من معنى واحد، لأنه إذا قصد من لفظ ما يكال و ما يوزن الكيل و الوزن في زمن الشارع، لوجوب حمل اللفظ على المتعارف عنده:

فلا- مجال حينئذ لارادة معنى آخر منهما: و هو إرادة المكييل و الموزون المتعارفين في العرف العام، و في جميع البلاد، أو في العرف الخاص.

و إن اريد منهما ما يكون مكيلا- و موزونا في العرف العام فلا مجال لاحتمال أن المراد من المكييل و الموزون ما كان مكيلا و موزونا في عهده صلى الله عليه و آله و سلم.

(1) هذا هو الامر الاول المشار إليه في الهامش 4 ص 233.

(2) هذا هو الامر الثاني المشار إليه في هذه الصفحة.

(3) الباء في بأن الحقيقة العرفية بيان لكون الحقيقة العرفية هي القائمة مقام الحقيقة الشرعية عند انتفائها.

(4) اي عند انتفاء العرف العام.

ص: 234

انتهى (1).

و ذكر المحقق الثاني أيضا أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها (2).

فلو (3) تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق.

و لا اثر للتغير الطاري، للاستصحاب (4)

+++++

(1) اي ما افاده جماعة في هذا المقام.

(2) اي على تلك الحقيقة.

(3) الفاء تقرير على ما افاده: من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها كل ما يعتبر في الحقيقة الشرعية اي ففي ضوء ما ذكرنا فلو تغيرت الحقيقة العرفية في عصر بعد أن كانت في العصور السابقة على خلاف هذه الحقيقة حاليا فالاعتبار بالحالة السابقة، لا الطارية.

خذ لذلك مثالا.

لو كانت الحنطة و الشعير في القرن الخامس الهجري و ما قبله إلى القرن الثالث عشر مما يكال، أو يوزن في عهده صلى الله عليه و آله و سلم

و في القرن الرابع عشر اصبحتا مما يباع جزافا فهنا لا بد من كيلهما أو وزنهما، لعدم تأثير للتغير الطاري.

(4) تعليل لعدم تأثير للتغير الطاري اي عدم التأثير لاجل استصحاب الحالة السابقة، فإن الحنطة و الشعير قبل تغير حالتها مما كانا يباعان بالكيل، أو الوزن، و الآن يباعان بالجزاف فنشك في تأثير هذا التغير فنستصحب الحالة السابقة و هي البيع بالكيل، أو الوزن، و عدم تأثير للتغير.

ص: 235

و لظاهر (1) قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

حكمي على الواحد حكمي على الجماعة (2).

و أما (3) في الأقارير والأيمان، ونحوهما فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء عنها، حملا له على ما يفهمه الموقع انتهى (4).

+++++

(1) دليل ثان لعدم تأثير للتغير الطاري، اي و لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم الدال على ما قلناه، فإن معنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حكمي على الواحد حكمي على الجميع: أي إذا حكمت على شخص فقد حكمت على الجميع، ولا اختصاص له بالمسلم المخاطب.

ففيما نحن فيه وهي الحنطة والشعير لوقال صلى الله عليه وآله وسلم فيهما:

إنهما تباعان وزنا، أو كيلا فمعناه أنهما في كل عصر من الأعصار وفي أي بلد من البلاد لا بد أن تباعا بالكيل، أو الوزن، ولا يصح بيعهما بالجفاف وإن تعارف بيعهما جزافا في عصر من الأعصار.

(2) راجع (بحار الأنوار) الطبعة الجديدة. الجزء 2 ص 272 الحديث 2. باب القواعد العامة.

(3) إلى هنا كان الكلام حول ما يباع، أو يوزن، حيث كان المعتبر فيه عهد الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله، وأنه وسلم لا بد من حمل لفظ الكيل والوزن على المراد منهما في عهده صلى الله عليه وآله وسلم للتعبد المحض المستفاد من الاجماع.

و أما الأقارير والأيمان فإنه لا بد من حملهما على عرف العصر الذي وقع فيه: وهو عرف المقرّ والمعترف والحالف، من دون مدخلة عصره صلى الله عليه وآله وسلم فيهما.

(4) اي ما افاده المحقق الثاني في هذا المقام.

ص: 236

اقول: ليس الكلام في مفهوم المكييل والموزون، بل الكلام فيما هو المعترف في تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم عليهم السلام:

ما كان مكيلا فلا يباع جزافا (1).

ولا يباع بعضه ببعض إلا متساويا (2):

إما أن يكون ما هو المكييل في عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكييل في العرف العام، أو ما هو المكييل في عرف كل مكلف.

و على أي تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي.

وإرادة جميع هذه الثلاثة (3)، خصوصا مع ترتيب خاص في ثبوت

+++++

(1) مرّ ذكره في ص 187.

(2) مرّ ذكره في ص 187.

(3) وهي: عرف المتكلم المراد منه عرف الشارع و العرف العام و عرف كل متكلم المراد منه العرف الخاص.

مقصود الشيخ من قوله: وإرادة جميع هذه الثلاثة إلى قوله: غير صحيحة: أن إرادة جميع المعاني وهي التي ذكرناها لك من لفظ يكال، أو يوزن الواردين في الأخبار المشار إليها في ص 186 - إلى 193، ولا سيما مع إرادة ترتيب خاص في المعاني الثلاثة: وهو تقديم عرف الشارع و لحاظه أولا على العرفين: العام، و الخاص، ثم تقديم العرف العام على العرف الخاص عند عدم العلم بعرف الشارع، ثم العرف الخاص عند فقدان العرف العام: في ثبوت الحكم: وهو اعتبار التقدير بالكيل و الوزن الواردين في الأخبار المشار إليها في ص 186.

خصوصا مع عدم العلم بمرتبة كل لاحق من هذه المراتب الثلاث بسابقه: غير صحيحة

ص: 237

الحكم (1) بها، و خصوصاً مع كون مرتبة كل لاحق مع (1) عدم العلم بسابقه، لا مع (3) عدمه غير (4) صحيحة كما لا يخفى.

و لعل المقدس الاردبيلي اراد ما ذكرنا (5)، حيث (6) تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، و عرف العام، و العرف الخاص، معللاً (7) باحتمال إرادة الكيل و الوزن المتعارف عرفاً عاماً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبة إلى كل بلد كما قيل في المأكول و الملبوس في السجدة من الامر الوارد بهما (8) لو سلم.

+++++

(1) المراد من الحكم هو اعتبار التقدير بالكيل و الوزن الواردين في الأخبار المشار إليها في ص 186 - إلى ص 193 كما عرفت آنفاً.

(2) جملة مع عدم العلم بسابقه منصوبة محلاً خبر لكلمة كون الواقعة في قوله: مع كون مرتبة.

وقد عرفت معنى هذه الجملة آنفاً في الهامش 3 ص 237 عند قولنا:

خصوصاً مع عدم العلم.

(3) اي لا- مع عدم وجود المعنى الشرعي للفظ يكال و يوزن، فإنه في صورة عدم الوجود لا مجال لحمل لفظ يكال و يوزن على المعنى العرفي، بل لا بد من الاجتهاد كما يصرح الشيخ قريباً.

(4) كلمة غير مرفوعة خبر للمبتدأ المتقدم في قوله في ص 237: وإرادة جميع.

(5) و هو إرادة جميع المعاني الثلاثة، إلى آخر ما ذكرناه في الهامش 3 ص 273.

(6) تعليل لكون مراد المقدس الاردبيلي قدس سره هو مرادنا.

(7) اي علّل المحقق الاردبيلي فيما ذكره الفقهاء: من الترتيب المذكور.

(8) اي في المأكول و الملبوس، حيث علّق جواز السجود -

ص: 238

و الظاهر هو الاخير (1)، انتهى (2).

وقد رده (3) في الحدائق بأن (4) الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم.

فكل ما كان مكيلا، أو موزونا في عرفهم وجب اجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة.

و ما لم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام إلى آخر ما ذكره: من التفصيل.

ثم قال (5): ويمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم

+++++

- و عدمه عليهما بما كان الاكل و اللبس فيهما مألوفاً و متعارفاً في البلاد فإن تعارف اكل شيء، أو لبسه في مدينة فلا يصح السجود عليه.

كما أنه إذا كان المأكل و الملبوس المتعارفين في مدينة غير مأكولين و لا ملبوسين في مدينة اخرى صح السجود عليهما.

ففيما نحن فيه: و هو ما يكال أو يوزن لو كانت عادة اهل المدينة كيله، أو وزنه فيكال، أو يوزن لا محالة.

و أما إن كان ما يوزن، أو يكال في هذه المدينة لا يكال و لا يوزن في مدينة اخرى، بل يباع جزافاً، أو معدوداً فحكمه حكم هذه المدينة، لا

المدينة التي كان يزان، أو يكال فيها.

(1) و هو أن المدار في مكيلية الشيء، أو موزونيته، أو عدمهما هو كل مدينة.

(2) اي ما افاده المحقق الاردبيلي قدس سره في هذا المقام.

(3) اي وقد رد صاحب الحدائق قدس سره المحقق الاردبيلي.

(4) الباء بيان لكيفية الرد.

(5) اي صاحب الحدائق.

في صحیحة الحلبي من قوله: ما كان من طعام سمیت فيه كيلا (1) فإن الظاهر أن المرجع في كونه مكيلا إلى تسميته عرفا مكيلا.

ويمكن تقييده (2) بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام انتهى (3).

اقول (4): قد عرفت (5) أن الكلام هنا ليس في معنى اللفظ لأن مفهوم الكيل معلوم لغة، وإنما الكلام في تعيين الاصطلاح (6) الذي يتعارف فيه هذا المفهوم.

ثم لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ كان اللازم حملة على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعي، لا إذا جهل عرفه الشرعي (7)، فإنه لم يقل احد بحمل اللفظ (1) حينئذ (8) على المعنى العرفي، بل لا بد من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعي.

ومع العجز (9) يحكم باجمال اللفظ كما هو واضح.

+++++

(1) راجع حول الصحیحة ص 187.

(2) اي تقييد ما ذكر في صحیحة الحلبي.

(3) اي ما افاده صاحب الحدائق في هذا المقام.

(4) من هنا اخذ الشيخ في الرد على ما افاده صاحب الحدائق.

(5) راجع الهامش 1 ص 218 عند قولنا:

وقبل الدخول في البحث.

(6) اي في تعيين المراد من المكيل والموزون.

(7) كما عرفت في الهامش 3 ص 238 عند قولنا: اي لا مع عدم وجود المعنى الشرعي.

(8) اي حين أن لم يكن عرف شرعي.

(9) اي عن الاجتهاد في المعنى الشرعي.

ص: 240

هذا كله مع أن الأخبار (1) إنما وصلت إلينا من الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم، لا عرف الشارع.

و أما ما استشهد (2) به للرجوع إلى العرف العام من قوله عليه السلام ما سميت فيه كيلا إلى آخره فيحتمل أن يراد به عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين.

نعم (3) مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص، لمقطوعة ابن هاشم الآتية (4)

+++++

(1) اي أخبار الكيل و الوزن المشار إليها في ص 186 - إلى ص 193.

(2) اي صاحب الحدائق في قوله في ص 239: ويمكن أن يستدل للعرف العام.

(3) استدراك عما افاده: من احتمال إرادة عرف المخاطب الذي هو العرف الخاص من قول الامام عليه السلام في صحيحة الحلبي في ص 187:

ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فيكون المعيار هو العرف الخاص

و خلاصة الاستدراك أن رواية علي بن ابراهيم الآتية تصرح بعدم اعتبار العرف الخاص مع وجود العرف العام في قوله عليه السلام في ص 248:

و لا ينظر فيما يكال و يوزن إلا إلى العامة، و لا يؤخذ فيه بالخاصة.

إذا يكون القول كما ذهب إليه صاحب الحدائق قدس سره:

من الرجوع إلى العرف العام عند عدم العلم بما يكال، أو يوزن في عهده صلى الله عليه وآله و سلم، أو في عرف الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم.

(4) هذه الرواية مروية عن علي بن ابراهيم، لا عن علي بن هاشم

راجع (اصول الكافي) الجزء 5: باب المعاوضات ص 192.

الحديث 1.

ص: 241

فتأمل (1).

و أبعد شيء في المقام (2) ما ذكره في جامع المقاصد: من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليهما، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، إلى آخره (3).

وبالجملة فتمام المسائل الثلاث (4) بالأخبار مشكل.

+++++

(1) يمكن أن يكون الامر بالتأمل اشارة إلى وجوب الرجوع إلى العرف العام مطلقا من غير أن يكون مشروطا بعدم العلم بالعرف الخاص.

ويمكن أن يكون اشارة إلى أن الرواية مقطوعة، لارسالها فلا تكون حجة في الاستدلال بها على المراد.

ويحتمل أن يكون اشارة إلى أن مضمون الرواية من فتوى علي بن ابراهيم، لا- من قول الامام عليه السلام كما افاد هذا المعنى شيخنا العلامة المجلسي قدس سره في شرحه على الكافي.

قال: و الظاهر أنه فتوى علي بن ابراهيم، أو بعض مشايخه استنبطه من الأخبار، و هذا من أمثاله غريب.

راجع (مرآة العقول) الطبعة الحجرية الجزء 3 ص 411.

إذا لا يبقى مجال لتقدم العرف العام على العرف الخاص.

(2) و هو المناط و المعيار في مكيالية الشيء و موزونيته.

وجه الأبعدية أنه بعد القول بعدم وجود عرف للشارع لا مجال للقول بتقدم عرف علي في زمان، دون آخر.

فكل عرف في عصره يكون معتبرا.

(3) اي إلى آخر ما افاده المحقق الثاني و نقل عنه الشيخ هنا في ص 235 بقوله: و ذكر المحقق الثاني.

(4) و هي: عرف الشارع - و العرف العام - و العرف الخاص: -

ص: 242

لكن الظاهر أن كلها (1) متفق عليها.

نعم اختلفوا فيما إذا كانت البلاد مختلفة في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث (2) الربا، أو أنه يغلب جانب التحريم (3) كما عليه جماعة من أصحابنا.

+++++

- بأن نقول بتقدم عرف الشارع، ثم بعد عدم العلم به نقول بتقدم العرف العام، ثم بعد فقدانه نقول بتقدم العرف الخاص.

و المراد من الأخبار هو المشار إليها في ص 186 و ص 191-192-193.

(1) اي كل المسائل الثلاث: وهي مسألة تقدم عرف الشارع أو لا إذا علم بوجوده.

ثم مسألة تقدم العرف العام عند عدم العلم بعرف الشارع.

ثم مسألة تقدم العرف الخاص عند فقدان العرف العام.

(2) بأن كان شيء في بلد يكال، أو يوزن، وفي بلد آخر لا يكال ولا يوزن.

ففي البلد الذي يكال، أو يوزن يجري فيه حكم الربا.

بمعنى أنه لا يجوز في ذلك الشيء التفاضل، بل لا بد من بيعه متماثلا و متقابلا بلا زيادة ولا نقيصة في جميع الأعصار و الأزمان.

وفي البلد الذي لا يكال ولا يوزن لا يجري فيه حكم الربا فيجوز بيعه بالتفاضل و النقيصة في جميع الأعصار و الأزمان.

(3) بأن يقال: إن الشيء إذا يكال و يوزن في بلد، ولا يكال ولا يوزن في بلد آخر يجري فيه حكم الربا في البلدين معا، تغليباً لجانب

التحريم: وهو وجود الربا في البلد الذي يكال الشيء أو يوزن

و نظير هذا فيما يصح السجود عليه، أو لا يصح، فإن شيئاً إذا أصبح مأكولاً، أو ملبوساً في مدينة فلا يصح السجود عليه -

ص: 243

لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم (1) بالرأى، لا (2) في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير.

ثم إنه يشكل الأمر (3) فيما علم كونه مقدرًا في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل، أو بالوزن ففيه وجوه:

أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر (4).

وأشكل من ذلك ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمان

+++++

- وإذا صح ذلك الشيء في مدينة أخرى غير مأكول ولا ملبوس صح السجود عليه.

أو يقال بتغليب جانب عدم صحة السجود حتى في المدينة التي أصبح ذلك الشيء غير مأكول، ولا ملبوس كما أفاده الشهيد الثاني.

راجع (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 1 ص 227 عند قول الشهيد الثاني: ولو اعتيد أحدهما دون بعض فالأقوى عموم التحريم.

(1) وهو تغليب جانب الرأى في جميع البلدان وإن لم يكن الشيء في بعض البلاد مكيلًا، أو موزونًا.

(2) أي وأما في شروط العوضين فلا يجري حكم التغليب فيها فإنه إذا كان شيء في بلد يكال، أو يوزن فلا يجوز بيعه جزافًا.

وإذا كان ذلك الشيء في بلد آخر لا يكال ولا يوزن، فإنه يجوز بيعه جزافًا.

(3) وهو مكيلية شيء، أو موزونيته.

(4) فإن كان الوزن أبعد من الغرر الموجود في الكيل يبع الشيء بالوزن.

وإن كان الكيل أبعد من الغرر الموجود في الوزن يبع ذلك الشيء بالكيل.

ص: 244

الشارع، أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدلة نفي الغرر، لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع، أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها.

فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور (1) بما يندفع فيه الغرر: من الكيل، أو الوزن، أو العدد.

وبالجمله فالأولى جعل المدار فيما لا اجماع فيه على وجوب التقدير:

بما بني الامر في مقام استعمال مالية الشيء على ذلك التقدير.

فاذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجاب بذكر العدد.

بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالية ما عنده من الرمان و البطيخ فإنه لا يجاب إلا بالوزن.

و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعير فربما يجاب بالكيل، وربما يجاب بالوزن.

لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل: من حيث الوزن، اذ الكيل بنفسه غير منضبط،

بخلاف الوزن، وقد تقدم في ص 204 أن الوزن اصل في الكيل.

وما ذكرنا (2) هو المراد بالمكيل و الموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع، و بدخول الربا فيهما.

+++++

(1) و هو المذكور في ص 244 بقوله: و أشكال من ذلك ما لو علم كون الشيء.

(2) المراد من ما ذكر هو قوله في هذه الصفحة:

وبالجمله فالأولى جعل المدار فيما لا اجماع فيه.

ص: 245

و أما ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير باحد الثلاثة (1) كالماء و التين و الخضرىات فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير.

فإن اختلفت البلاد في التقدير و العدم فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير.

و أما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك (2) لا يتبدال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة.

و إن كان (3) لعدم مبالاتهم بالغرر، و إقدامهم عليه (4) حرصا مع الاعتياد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعاداتهم، بل يجب مخالفتها (5)، فإن النواهي الواردة في الشرع (6) عن بيوع الغرر، و المجازفات كبيع الملاقيح (7)،

+++++

(1) و هي الكيل، و الوزن، و العدم.

(2) اي عدم التقدير في بلد.

(3) اي عدم التقدير في بلد.

(4) اي إقدامهم على الغرر إنما هو لاجل حرصهم على المعاملة.

(5) اي مخالفة عاداتهم.

(6) ذكر الشيخ قدس سره هذه النواهي في ص 90، و ص 63

(7) بفتح الميم جمع ملقوح.

قال العلامة قدس سره في التذكرة:

لا يجوز بيع الملاقيح: و هي ما في بطون الامهات.

و لا المضامين: و هي ما في أصلاب الفحول.

يقال: لقحت الناقة، و الولد ملقوح به، إلا أنهم استعملوه بحذف الجار.

و قيل: جمع ملقوحة.

ص: 246

و المضامين، و الملامسة (1)، و المنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها (2) و ثمر الشجر قبل الوجود، و غير ذلك لم ترد إلا ردا على من تعارف

+++++

- و مضامين جمع مضمون.

يقال: ضمن الشيء اي تضمنه و استسره.

و منهم من عكس التفسيرين (1).

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7. ص 39.

(1) مضى تفسير الملامسة و المنابذة و الحصاة مفصلا.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة. الجزء 6 ص 79-80.

أليك شرح الثلاثة.

اللامسة مصدر باب المفاعلة من لاس يلامس.

معناه أن يقول احد المتبايعين للآخر إذا لامست البيع و جب البيع عندنا.

و المنابذة مصدر باب المفاعلة من نابذ ي نابذ.

معناه أن يقول شخص آخر: إذا نبذت متاعك، أو نبذت متاعي فقد و جب البيع.

و الحصاة بفتح الحاء مفرد جمعه حصيات و زان بقرة بقرات.

معناه أن يقول شخص لشخص آخر: بعثك من السلع ما تقع حصاتك عليه إذا رميت بها.

أو إذا نبذت إليك الحصاة فقد و جب البيع.

و يطلق الحصى على صغار الحجارة أيضا.

كان هذا البيع متداولاً في العصر الجاهلية.

(2) فإن لبيع الحصاة تأويلين:

- (1) اي فسر الملاقح ببيع ما في أصلاب الفحول.

وفسر المضمّامين ببيع ما في بطون الأمهات.

ص: 247

عندهم الإقدام على الغرر، و البناء على المجازفات الموجبة لفتح أبواب المنازعات.

و إلى بعض ما ذكرنا (1) اشار ما عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن رجاله ذكره في حديث طويل قال:

و لا ينظر فيما يكال، أو يوزن إلا إلى العامة، و لا يؤخذ فيه بالخاصة.

فإن كان قوم يكيلون، اللحم، و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لأن اصل اللحم أن يوزن، و اصل الجوز أن يعد (2).

و على ما ذكرنا (3) فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع، لا ببلد العقد

+++++

- (احدهما): أن يكون البيع مجهولا عند المتعاملين ابتداء لكنه معلوم بعد وقوع الحصاة عليه: بأن يتفق المتبايعان على أن المبيع هو الذي تقع عليه الحصاة.

و لا يخفى بطلان مثل هذا البيع، لكونه بيعا غرريا.

(ثانيهما): أن يكون البيع معلوما عند المتبايعين، لكن لزمه بعد وقوع الحصاة عليه فبالوقوع عليه يصير البيع لازما.

فالنهى الوارد في الحديث إنما هو على التأويل الاول.

(1) الظاهر أن ما ذكره هو كون المدار ببلد التقدير.

و مرجع بلد التقدير هو العرف الخاص، فيكون العرف الخاص هو المدار و الرواية المستدل بها و هي رواية علي بن ابراهيم دالة على عكس ذلك، حيث إنها صريحة في تقديم العرف العام، و أن العرف الخاص لا ينظر إليه.

(2) اشرنا إلى مصدر الحديث في الهامش 4 ص 241 فراجع.

(3) و هو أن لكل بلد حكم نفسه عند اختلاف البلدان في مكيالية الأشياء و موزونيتها، أو أنه عند الاختلاف بينى على القرعة.

ص: 248

و لا ببلد المتعاقدين.

وفي شرح القواعد لبعض الأساطين: ثم الرجوع إلى العادة (1) مع اتفاقها اتقافي، و لو اختلفت (2) فلكل بلد حكمه كما هو المشهور.
و هل يراد به (3) بلد العقد، أو المتعاقدين؟:

الأقوى الاول.

و لو تعاقدا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما (4).

و لو اختلفا (5) رجح الأقرب، أو الأعظم (6)، أو ذو الاعتبار

+++++

(1) اي إلى عادة اهل البلاد فإن كانت عاداتهم متفقة في كيل شيء أو وزنها فيعمل بها.

(2) اي عادة اهل البلاد في كيل شيء أو وزنها.

(3) اي بالبلد المختلف فيه.

(4) فلو كان في بلدهما يباع الشيء مكيلا فلا بد من كيله.

أو يباع وزنا فلا بد من وزنه.

(5) بأن كان الشيء في بلد البائع يكال، وفي بلد المشتري يوزن فهنا يلاحظ أقربية بلدهما إلى الصحراء.

فإن كان بلد البائع أقرب إلى الصحراء وفي بلده يكال الشيء وفي بلد المشتري يوزن فيتبع بلد البائع.

و كذلك العكس: بأن كان الشيء في بلد البائع يوزن، وفي بلد المشتري يكال فيتبع بلد البائع أيضا.

و إن كان بلد المشتري أقرب إلى الصحراء التي وقع العقد فيها.

فهنا يتبع بلد المشتري.

(6) اي و كذلك يرجح الأعظم: بأن كان البائع من اهل اللواء أو العاصمة، و المشتري من اهل القضاء، أو بالعكس. -

على ذي الجزاف (1)، أو البائع في مبيعه، و المشتري في ثمنه (2).

أو يبنى على الإقراع (3) مع الاختلاف، و ما اتفقا عليه مع الاتفاق (4) أو التخيير (5).

و لعله (6) الأقوى.

+++++

- فهنا يتبع اللواء و المحافظة، دون القضاء.

فلو كان في مدينة البائع يكال الشيء المبيع، و في مدينة المشتري يوزن فيرجح بلد البائع.

و كذلك لو كان الامر بالعكس: بأن كان المشتري من اهل المحافظة، و البائع من اهل القضاء فيقدم المشتري.

(1) بأن كان الشيء عند البائع يكال، أو يوزن، و عند المشتري يباع جزافا فهنا يقدم جانب البائع.

أو كان الامر بالعكس فيقدم جانب المشتري.

(2) بأن يرجع البائع إلى حكم بلده، و المشتري إلى حكم بلده.

فلو كان المثلن مما يكال، و الثمن مما يوزن، أو بالعكس.

فهنا يكون لكل من الثمن و المثلن حكمه، فالمثلن يكال، و الثمن يوزن، أو المثلن يوزن، و الثمن يكال لو كان الامر بالعكس.

(3) اي القرعة عند اختلاف بلد المشتري و البائع في الكيل و الوزن في تعيين احد البلدين عند اختلاف المتبايعين في إجراء حكم كل واحد منهما حكم بلده عليه.

(4) بأن يبنى على حكم البلد الذي اتفق المتبايعان على إجراء حكمه عليه مع الاتفاق على ذلك بينهما.

(5) بأن يبنى على التخيير في تعيين البلد من بلديهما.

(6) اي التخيير هو الأقوى.

و يجري مثله (1) في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان.

و الأولى التخلص بايقاع المعاملة على وجه لا تقسدها الجهالة:

من صلح، أو هبة بعوض، أو معاطاة(1)، ونحوها.

و لو حصل الاختلاف (2) في البلد الواحد على وجه التساوي فالأقوى التخيير.

و مع الاختصاص (3) بجمع قليل إشكال، انتهى (4).

+++++

(1) اي و مثل اهل المدن لو اوقعوا العقد في الصحراء الغرباء:

في أن المدار و المعيار هي أقرية مدينة المتعاقدين إلى الصحراء، أو أعظمتها إليها عند اختلاف بلدان المتعاقدين من الغرباء.

و الغرباء هم التجار الذين يسيحون و يجولون في البلاد لجلب السلع و المتاع و استيرادها، لتباع فيقيدون و يستفيدون بأرباحها، لتدار شؤونهم الحياتية طيلة حياتهم.

(2) بأن كان نصف سكان المدينة يكيلون الشيء، و النصف الآخر يزنونه، فهنا يتخير المتعاقدان بين كيل ذلك الشيء، أو وزنه.

(3) بأن كان ثلاثة أرباع سكان المدينة يكيلون، و ربع منهم يزنون.

(4) اي البحث عن مسألة المكيل و الموزون، فقد أسهب شيخنا الانصاري قدس سره الكلام فيهما، لتطلبهما ذلك.

ص: 251

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

مسألة: لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور.

إشارة

(مسألة):

لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور.

وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه (1).

ويدل عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة (2).

وما تقدم في صحيحة الحلبي (3) الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به وإن كان الإخبار داعياً إليها، فإنها لا تخرج بمجرد ذلك (4) عن الغرر.

وقد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك (5).

+++++

(1) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7. ص 50 عند قوله: لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا

(2) وهي صحيحة ابن محبوب المشار إليها في ص 191.

ورواية ابان المشار إليها في ص 192.

ورواية ابن أبي العطارذ المشار إليها في ص 192.

ومرسلة ابن بكير المشار إليها في ص 193.

(3) المشار إليها في ص 186 في قوله عليه السلام: لا يصلح إلا أن يكيل، فإن جملة لا يصلح إلا أن يكيل ظاهرة في عدم جواز بيع ما اخبر به البائع.

(4) وهو ايقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به.

(5) راجع قول العلامة في التحرير عند نقل الشيخ عنه في ص 190:

لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أم نقص لم يجز.

وجه عدم الجواز أن شراء الطعام من البائع في صورة إخباره -

هل يعتبر كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار كما تشهد به الروايات المتقدمة (1)، فلو (2) لم يفد ظنا فإشكال.
من (3) بقاء الجهالة الموجبة للغرر.

+++++

- عن مقدار الطعام على قسمين:

الاول الشراء بلا اطمئنان من إخبار البائع، سواء زاد المبيع عن مقدار ما اخبر به أم نقص.

(الثاني): الشراء مع الاعتماد على اقتدار الذي اخبر به البائع وأن المشتري بان على ذلك المقدار.

فالبطلان و عدم الجواز يتوجه على القسم الاول، لا على القسم الثاني.

(1) و هي المشار إليها في ص 186 و ص 191-192، فإن في بعض تلك الروايات اعتبار الائتمان كما في فحوى رواية ابن أبي عطار
المشار إليها في ص 192.

و في بعضها الاطلاق كما في رواية ابن محبوب المشار إليها في ص 191 فمن مجموع هذه الأخبار يستفاد أن إخبار البائع بالمقدار طريق
عرفي إليه فيفيد الظن.

(2) الفاء تفرع على ما افاده: من أن إخبار البائع بالمقدار له الطريقية فيفيد إخباره الظن اي ففي ضوء ما ذكرنا فلو لم يفد إخبار البائع الظن
ففيه إشكال.

(3) هذا وجه الإشكال اي وجه الإشكال هو بقاء الجهل الموجب هذا البقاء للغرر و هو منفي.

ص: 253

و من (1) عدم تقييدهم الإخبار بإفادة الظن، ولا المخبر بالعدالة.

و الأقوى (2) بناء على اعتبار التقدير(1) وإن لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار.

نعم (3) لو دار الحكم مدار الغرر كفى في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به وإن كان مجهولا.

و يندفع (4)

+++++

(1) هذا دليل لعدم وجه الإشكال اي و من عدم تقييد الفقهاء إخبار البائع بالظن، ولا تقييدهم المخبر بالعدالة فالبيع صحيح لعدم ما يوجب الغرر.

(2) خلاصة هذا الكلام أنه في صورة عدم إفادة إخبار البائع الظن بما أخبر به فالأقوى اعتبار طريقية إخبار البائع بمقدار المبيع: بمعنى أن قبول خبره ليس من باب التعبد حتى يقبل قوله ولو انكشف الخلاف.

بل قبول قوله من باب العرف فيكون إخباره طريقا فتبطل المعاملة لو انكشف الخلاف.

(3) خلاصة هذا الاستدراك أنه لو قلنا: إن المدار والملاك في صحة بيع البائع إذا أخبر بمقدار المبيع هو عدم وجود الغرر.

وفي عدم الصحة هو وجود الغرر لكفى في صحة مثل هذه المعاملة حينئذ إيقاعها مبنية على أن المبيع هو المقدار المخبر به وإن كان ذلك المقدار المخبر به مجهولا في الظاهر.

(4) اي و يندفع الغرر الذي جاء من ناحية الجهل بالمقدار المخبر به.

هذا دفع وهم.

حاصل الوهم أنه في صورة وجود الغرر الناشئ من ناحية الجهل المذكور كيف حكتم بصحة العقد المذكور؟

ص: 254

الغرر ببناء (1) المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف المذكورة في العقد فيقول:

بعتك هذه الصبرة على أنها كذا وكذا صاعا.

وعلى كل (2) تقدير فالحكم فيه الصحة.

+++++

(1) هذا جواب عن الوهم المذكور.

حاصله أن الغرر المذكور مندفع ببناء المتعاقدين على ذلك المقدار المخبر به وهو كاف في صحة العقد.

(2) أي سواء قلنا: إن المدار في الحكم المذكور هو وجود الغرر أم لم نقل بذلك، فالحكم في هذه المعاملة هي الصحة.

أما صحة هذه المعاملة على القول بإيقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به فواضحة.

و أما صحتها على عدم إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به فواضحة أيضا، لأن النسبة بين تلك الأخبار المذكورة في ص 186-191-192 الدالة على جواز الاعتماد على إخبار البائع مطلقا، سواء أفاد خبره الظن أم لا، وبين الحديث النبوي المشهور: لا غرر في البيع: عموم و خصوص من وجه، لهما مادتا افتراق، و مادة اجتماع.

أما مادة الافتراق من جانب الحديث النبوي: بأن تكون تلك الأخبار موجودة، و الحديث النبوي غير موجود كما في إخبار البائع بمقدار المبيع و كان إخباره مطابقا للواقع.

و أما مادة الافتراق من جانب الأخبار: بأن يكون الحديث النبوي موجودا، و تلك الأخبار غير موجودة.

كما إذا بيع شيء جزافا فهنا حديث الغرر يشمل.

و أما تلك الأخبار فلا تشمل، لأن الملاك فيها الكيل، و الوزن -

ص: 255

فلو (1) تبين الخلاف فإما أن يكون بالنقيصة، وإما أن يكون بالزيادة.

ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصة

إشارة

فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ، وبين الامضاء.

بل في جامع المقاصد احتمال البطلان كما لو باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطناً، ثم رده (2)

+++++

- لا البيع الجزافي.

و أما مادة الاجتماع من الجانبين كما إذا بيع شيء و اخبر البائع بمقدار وزنه، أو كيله ثم تبين خلافه فهنا يجتمع حديث الغرر مع تلك الأخبار، لعدم افادة قول البائع الاطمئنان، فالجهالة باقية، فالبيع من هذه الجهة باطل.

و اطلاق الأخبار المذكورة: و هو الاكتفاء بقول البائع بما اخبر به في صحة المعاملة يشمله.

فاجتمع الحديث و الأخبار فيتعارضان فيتساقطان فترجع إلى العمومات الدالة على صحة المعاملة و هي قوله تعالى:

وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ .

(1) الفاء تفریع علی ما افاده: من صحة المعاملة لو دار الحكم مدار الغرر، بناء على ايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به.

اي ففي ضوء ما ذكرنا فلو انكشف الخلاف بأن كان ما اخبر به ناقصا، أو زائدا.

(2) اي رد صاحب جامع المقاصد القائل ببطلان بيع البائع لو اخبر بمقدار المبيع ثم تبين خلافه، وردّ تشبيهه البيع الناقص بالثوب المبيع بكونه كتانا ثم ظهر أنه قطن.

و خلاصة الرد أن قياس ما نحن فيه: و هو المبيع الناقص بالثوب -

يكون ذلك من غير الجنس وهذا (1) منه وإنما الفأنت الوصف.

لكن (2) يمكن أن يقال: إن مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده (3).

لاشتراكهما (4) في اصل الحقيقة.

بخلاف الجزء و الكل (5)، فتأمل (6).

+++++

- المذكور باطل، لأن القطن من غير جنس الكتان، و المعاملة قد وقعت على الكتان، لا على القطن، فالبطلان من هذه الجهة.

بخلاف ما نحن فيه: و هو نقصان المبيع عما اخبر به البائع، فإن الناقص من جنس ما اخبر به، و الاختلاف من حيث الوصف الفأنت لا من حيث الجنس اي الاختلاف من حيث الكم، لا من حيث الكيف فالمبيع الناقص هو عين جنس المبيع الكامل.

(1) اي ما نحن فيه من جنس المبيع الكامل كما عرفت.

(2) من هنا يروم الشيخ أن يرد ما افاده صاحب جامع المقاصد.

(3) اي لواجد الوصف.

(4) تعليل لعدم مغايرة فاقد الوصف لواجد الوصف اي لاشارك فاقد الوصف لواجد الوصف في اصل الحقيقة، حيث إن حقيقتهما شيء واحد فلا يتوجه البطلان نحوه.

(5) كما فيما نحن فيه، فإن المبيع الناقص بمقدار كيلو، أو ثلاثة أو خمسة مثلاً الذي يعبر عن هذا الناقص بالجزء خلاف المبيع الكامل الذي يعبر عنه بالكل.

(6) الظاهر أن الامر بالتأمل اشارة إلى فساد ما وجهه الشيخ بقوله:

لكن يمكن أن يقال

وجه الفساد أن الجزء و الكل مشتركان في اصل الحقيقة.

ص: 257

فإن (1) المتعين الصحة و الخيار.

ثم إنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله: تخير المغبون، فرما تخيل بعض تبعاً لبعض أن هذا (2) ليس من خيار فوات الوصف، أو الجزء، معللاً بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد.

و يدفعه تصريح العلامة في هذه المسألة (3) في التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص (4)(1).

وفي باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر به البائع تخير المشتري بين الفسخ، و الإمضاء بحصة (5) معينة (2) من الثمن.

+++++

- بدها أن الحنطة الخارجية الناقصة حقيقتها عين الحنطة الكاملة و الاختلاف كما عرفت من حيث الكم، لا من حيث الكيف.

(1) الفاء تفرغ على الأمر بالتأمل أي ففي ضوء ما ذكرناه:

من التأمل في التوجيه المذكور تكون صحة بيع البائع بما أخبر بمقداره متعينا، لكن للمشتري الخيار حينئذ.

(2) و هو المبيع الذي أخبر بمقداره البائع ثم ظهر خلافه.

(3) و هي مسألة إخبار البائع بمقدار المبيع ثم ظهر خلافه.

(4) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 50.

(5) أي بارجاع حصة معينة من الثمن تجاه النقصان.

فلو فرض أن المبيع كان مائة كيلو من الحنطة بسعر عشرة دنانير ثم تبين أن وزن الحنطة التي تسلمها تسعون كيلوا.

فهنا يسترجع المشتري من البائع دينارا واحدا تجاه المقدار الناقص و هو عشرة كيلوات، حيث إن سعر الكيلو الواحد مائة فلس، و سعر مجموع العشرة دينار واحد.

ص: 258

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و تصريح جامع المقاصد في المسألة الاخيرة (1) بابتنائها على المسألة المعروفة: و هي مسألة ما لو باع متساوي الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل.

و من المعلوم أن الخيار في تلك المسألة إما لفوات الوصف، وإما لفوات الجزء على الخلاف الآتي.

و أما التعبير بالمغبون فيشمل البائع على تقدير الزيادة، و المشتري على تقدير النقيصة.

نظير التعبير الشهيد في اللمعة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما (2).

و أما ما ذكره (3): من أن الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد.

ففيه أن ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته.

و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل، أو الوزن، أو العدّ فهذا لا يحتاج

+++++

(1) و هي مسألة بيع الصرف، فإن المحقق الثاني قال في (جامع المقاصد) في بيع الصرف:

سيأتي فيما لو باعه متساوي الأجزاء، أو مختلفها على أنه مقدار معين فتبين أنه أقل: أن يأخذ الأول بالحصّة، و الثاني على خلاف.

راجع (جامع المقاصد) الطبعة الحجرية ص 230.

(2) اي من البائع، أو المشتري.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 269-270.

(3) اي هذا البعض المتخيل.

ص: 259

إلى ذكره في متن العقد، فإن هذا أولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن (1) معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد.
بخلاف معرفة وجود المقدار المعين.

عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف

و كيف كان فلا إشكال في كون هذا الخيار (2) خيار التخلف وإنما الإشكال في أن المتخلف في الحقيقة.

هل هو جزء المبيع، أو وصف من أوصافه؟

فلذلك اختلف في أن الامضاء.

هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه، نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟

و تمام الكلام في موضع تعرض الأصحاب للمسألة (3).

كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار البيع فهو بحكم إخبار البائع

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف: كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع وأوقع العقد بناء عليه كما إذا جعلنا الكيل في المعدود والموزون طريقاً إلى عدّه، أو وزنه (4).

+++++

(1) تعليل للأولوية المذكورة في قوله: فإن هذا.

(2) وهو خيار البائع لو ظهر المبيع زائداً عن مقداره المقرر.

و خيار المشتري لو ظهر المبيع ناقصاً عن مقداره المقرر.

(3) أي مسألة إخبار البائع بمقدار المبيع ثم ظهر خلافه.

(4) فكل ما قلناه في المكيل من الخيار للبائع، أو المشتري لو ظهر خلافه نقول به في المعدود والموزون لو بيعا بالكيل ثم ظهر خلافه.

مسألة هل يجوز بيع الثوب و الأراضي مع المشاهدة

(مسألة):

قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب و الارض مع المشاهدة.

وإن لم يمسحاً (1) و لو مسحاً كان أحوط، لتفاوت الغرض في ذلك (2)، و تعذر ادراكه (3) بالمشاهدة، انتهى (4).

و في التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب (5) و الدار، و الغنم اجماعاً (6).

و صرح في السرائر (1) بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها.

+++++

(1) المراد من المسح هنا هو الذرع بأن يعين مقدار الثوب و الارض إذا بيعا.

و في عصرنا الحاضر يعبر عن الذرع و الذراع ب: متر.

(2) اي في المسح عند العقلاء من حيث قلة مقداره و كثرته.

(3) اي ادراك المسح الذي هو مقدار الذراع المبيع.

(4) راجع (شرائع الاسلام) الطبعة الجديدة الجزء 2 ص 18.

(5) يمكن تصور اختلاف الأجزاء في الثوب باعتبار أنه ذو كمين و أن بعضه صغير، و بعضه كبير، و بعضه طويل، و الآخر قصير، و بعضه ضيق، و بعضه واسع.

و كذا الدار فإنها مشتملة على الغرف و المطبخ و الحمام، و مرافق الصحة، و السطح و السرداب.

و كذا الغنم، فإنه مشتمل على الرأس و الرجلين و اليدين و السمن و الهزال و الكراع.

(6) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 50.

ص: 261

اقول: يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً، مع جهل أذرع الثوب، و عدد قطيع الغنم.

والاعتماد على عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة.

وبالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مالية الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد (1) فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها.

و بين الجهل بالمقدار في المكيل و الموزون و المعدود.

و كذا الحكم في عدد الأذرع و الطاقات (2) و الكرايس (3) و الجريان (4) في كثير من الأراضي المقدره عادة بالجريب.

+++++

(1) فإن عدد الغنم إذا كان مائة تكون قيمتها مائة دينار مثلاً و إذا كان تسعين تكون قيمتها تسعين ديناراً مثلاً فإذا كان عدد الغنم مجهولاً تكون مالية الغنم مجهولة قلة و كثرة.

(2) جمع طاقة، و المراد منها هنا حسب ذكرها مع مثيلاتها مقدار معين من كل نوع من القماش، و كل نوع منه يطبق بعضه على بعض

و يعبر عن الطاقة في عصرنا الحاضر في عرف بياع الأقمشة ب:

(الطول).

و كانت تطلق في السابق على مقدار معين من القماش النفيس جداً تهدي للرؤساء و الزعماء و الشخصيات البارزة، و تهدي صلة للشعراء عند ما يلقون قصائدهم في حق الرجال الكبار.

و الظاهر أن الكلمة فارسية.

(3) بفتح الكاف جمع كرباس بفتح الكاف أيضاً قماش يحاك من القطن الأبيض تتخذ منه الثياب و السراويل، و الكلمة فارسية.

(4) بضم الجيم و سكون الراء جمع جريب بفتح الجيم.

الظاهر أن المراد من الجريب حسب ذكرها مع زميلاتها مقدر معين من الأراضي الزراعية يقدر ب: عشرة آلاف ذراع، و الذراع -

نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرابيس (1) لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقا إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع (2)، وليس هذا (3) معنى كفاية المشاهدة.

وتظهر الثمرة في ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة.

إلا إذا كان النقص عيبا، أو اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولا وعرضا.

وبالجملة فالمعيار هنا (4)

+++++

- هو المتر.

وفي العصر الحاضر يعبر بدلا عنه ب: (هكتار).

راجعنا كتب اللغة لم نر تفسيراً عن الجريب بالمقدار الذي ذكرناه.

لكن ذكر صاحب مجمع البحرين في مادة جرب ما هذا نصه:

مقدار الجريب من الارض بستين ذراعا في ستين، و الذراع بسبع قبضات، و القبضة بأربع أصابع.

وعشر هذا الجريب يسمى قفيزا.

وعشر هذا القفيز يسمى عشيرا.

(1) كما مثلنا لك في الهامش 2 ص 262 عند قولنا: و كانت تطلق في السابق.

(2) حيث كان إخباره بمقدار المبيع طريقا إلى معرفة ذلك المقدار.

(3) وهو كونه طريقا إلى عدد الأذرع.

(4) اي في بيع الثوب و الارض دفع الغرر الشخصي، لا الغرر النوعي الكلي.

ص: 263

دفع الغرر الشخصي، إذ (1) لم يرد هنا نص بالتقدير، ليحتمل إناطة الحكم به ولو لم يكن غرر كما استظهرناه (2) في المكييل و الموزون فافهم (3).

+++++

(1) تعليل لكون المعيار في بيع الثوب و الارض دفع الغرر الشخصي، لا النوعي الكلي.

و خلاصته أنه لم يرد نص بالتقدير في بيع الثوب و الارض حتى يحتمل توقف الحكم على التقدير و إن لم يكن غرر شخصي.

(2) اي الغرر الكلي في بيع ما يكال و يوزن، لتوقف الحكم على التقدير، حيث ورد النص بالتقدير في المكييل و الموزون.

(3) اي افهم الفرق بين بيع الثوب و الارض، و بين بيع المكييل و الموزون، حيث إن الملاك في الاول هو دفع الغرر الشخصي

و في الثاني دفع الغرر الكلي، لعدم ورود نص في التقدير في الاول و ورود النص على التقدير في الثاني.

ص: 264

إشارة

(مسألة):

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان (1)، أو متفرقتها (2)، أو ذراع (3) من كرباس، أو عبد من عبدين، و شبه ذلك (4) يتصور على وجوه:

الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعا من الجملة مقدرا بذلك العنوان

(الاول) أن يريد بذلك البعض كسرا واقعا من الجملة مقدرا بذلك العنوان، فيريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها (5) و من عبد من العبدين نصفهما.

+++++

(1) بأن كانت الصيعان من صبرة الطعام مكومة بعضها فوق بعض و الصيعان جمع صاع.

(2) اي متفرقة الصيعان: بأن كانت الصيعان معبأة في أكياس متعددة معلومة من حيث الوزن.

(3) هذا مثال لمختلفة الأجزاء، حيث إن العبد، أو الشاة أو ذرع من الكرباس من القيميات، لاختلاف أفرادها غالبا، و ليست متساوية القيمة.

بخلاف الصيعان من الطعام سواء أ كانت مكومة بعضها فوق بعض، أو معبأة في أكياس متعددة معلومة من حيث الوزن، فإنها متساوية الأجزاء من حيث الصفة المستلزمة لتساوي قيمتها في الخارج.

(4) كبيع شاة من الشاتين.

(5) و هو كيلوغرام واحد مثلا إذا كانت الصبرة عشرة كيلوات فهذا العشر و هو الكيلو الواحد كسر حقيقي واقعي، لأن الكسر كما قرر في محله عبارة عن السدس، أو الخمس، أو السبع، أو الثمن -

و لا إشكال في صحة ذلك (1)، و لا (2) في كون المبيع مشاعا في الجملة.

و لا فرق بين اختلاف العبدین في القيمة و عدمه، و لا بين العلم بعدد صیغان الصبرة و عدمه. لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع، هذا (3).

و لكن قال في التذكرة: و الأقرب أنه لو قصد الاشاعة في عبد من عبدین، أو شاة من شاتین بطل، بخلاف الذراع من الارض انتهى (4).

و لم يعلم وجه الفرق (5) إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاة.

+++++

- أو التسع أو العشر، أو الربع، أو النصف أو الثلث، أو الثلثین.

فلو باع عشرا من الصیغان فقد حصلت الشركة للمشتري في مجموع الصیغان بنسبة العشر، فإن نسبة المبيع إلى المجموع هو العشر.

و كذا تحصل الشركة للمشتري في العبدین، أو الشاتین بنسبة النصف، لأن نسبة المبيع إلى مجموع العبدین، أو الشاتین هو النصف.

(1) اي في صحة مثل هذا البيع.

(2) و لا إشكال أيضا في كون المبيع مشاعا في مجموع الصبرة و مجموع العبدین، أو الشاتین.

(3) اي خذ ما تلوناه عليك حول بيع جزء مشاع.

(4) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 52

(5) اي بين عبد من عبدین، أو شاة من شاتین.

و بين ذراع من الارض، حيث حکم بالبطلان في الاول، و الصحة في الثاني، مع وحدة الملاك في كليهما.

ص: 266

الثاني: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع.

إشارة

(الثاني) (1): أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع.

نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة.

ولا إشكال في بطلان ذلك، مع اختلاف المصاديق في القيمة كالعبدین المختلفين، لأنه غرر، لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما.

وأما مع اتفاقهما في القيمة كما في الصيعان المتفرقة فالمشهور أيضا كما في كلام بعض المنع، بل في الرياض نسبتته (2) إلى الأصحاب

وعن المحقق الأردبيلي قدس سره أيضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين احد طرفيه (3) إلى الأصحاب.

واستدل على المنع (4) بعضهم بالجهالة التي يبطل معها البيع اجماعا.

وآخر (5) بأن الإبهام في البيع مبطل له، لا من حيث الجهالة.

+++++

(1) اي الوجه الثاني من الوجوه المتصورة في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء التي افاده بقوله في ص 265: يتصور على وجوه:

أن يراد به بيع بعض مردد.

(2) اي نسبة المنع.

(3) اي احد طرفي الكرباس: وهو ابتداءه، أو آخره.

(4) اي على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء، لعدم تعين المبيع عند المتبايعين فيكون مجهولا فيبطل.

(5) اي استدلال آخر على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء بالإبهام في المبيع، والإبهام مبطل للبيع.

وجه الإبهام أن المبيع مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد -

و يؤيده (1) أنه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع احد العبدین المشاهدين المتساويين: بأنه لو تلف احدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو صح (2)، خلافا لبعض العامة.

و ثالث (3) بلزوم الغرر.

ورابع (4) بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج، و احدهما على سبيل البدل غير قابل

+++++

- المتصورة في المجموع.

(1) اي و يؤيد أن سبب بطلان بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء هو الإبهام، لا الجهالة: ما ذكره العلامة في التذكرة.

وجه التأييد أنه لو كانت الجهالة سببا لبطلان البيع لكان اللازم هو الحكم ببطلانه في الباقي أيضا بعد تلف احد العبدین، لبقاء الجهالة حينئذ، حيث لم يشخص المشتري المبيع فيصدق الغرر فيشملة الحديث النبوي.

(2) وجه الصحة أن المبيع بعد تلف احد العبدین لم يكن فيه إبهام حتى يبطل البيع بسببه، لعدم وجود تردد فيه، بل المبيع هو احد العبدین الموجودين في الخارج.

فالبيع وقع على الموجود الخارجي المتعين في شخص العبد الباقي فلا إبهام فيه حتى يوجب البطلان.

بخلاف بيع احد العبدین قبل تلف احدهما، فإن فيه ابهاما لا يدري المراد من احد العبدین أيهما اراده البائع، فيكون هذا الإبهام موجبا لبطلان البيع.

(3) اي و استدل ثالث على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء.

(4) اي و استدل رابع على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء -

ص: 268

لقيامه به، لأنه (1) امر انتزاعي من امرين معينين.

و يضعف الاول (2) بمنع المقدمتين، لأن (3) الواحد على سبيل البدل

+++++

- و خلاصة الاستدلال أن الملك رابطة وجودية بين المالك و المملوك و هذه الرابطة محتاجة إلى محل تقوم به خارجا كما في جميع الصفات الوجودية الخارجية.

و من الواضح أن بيع احد العبدین على سبيل البدل و بلا تعيين غير قابل لقيامه بالملك فيكون مجهولا فلا يصح بيعه.

(1) تعليل لكون بيع احد العبدین على سبيل البدل غير قابل لقيامه بالملك.

و خلاصته أن بيع احدهما كذلك امر انتزاعي لا وجود له خارجا حتى يباع و يتملك، و المبيع لا بد له من وجود خارجي حتى يتعلق البيع به، ليقع صحيحا كما عرفت.

(2) من هنا اخذ الشيخ في الرد على القائلين بمنع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء اي و يضعف القول الاول المستدل به على المنع بجهالة المبيع الموجبة لبطلان البيع.

و المراد من المقدمتين: الصغرى و الكبرى، لأن استدلاله مركب من قياس منطقي من الشكل الاول هكذا:

الصغرى: بيع احد العبدین بلا تعيين من الجهالة.

الكبرى: و كل جهالة موجبة للبطلان.

النتيجة: فالبيع هكذا باطل.

فالشيخ قدس سره. يقول: نمنع الصغرى و الكبرى.

(3) هذا تعليل لمنع الصغرى.

ص: 269

غير مجهول، إذ لا تعين له في الواقع حتى يجهل، و المنع (1) عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر غير مسلم.

نعم وقع في معقد بعض الاجماع ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين (2).

ففي السرائر (3) بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال:

إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الامة بأسرها، مناف لاصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم، لأن (4) المبيع إذا كان مجهولا كان المبيع باطلا بغير خلاف، انتهى (5).

و عن الخلاف (6) في باب السلم أنه لو قال: اشترى منك احد هذين العبيد، أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء.

دليلنا أنه (7) بيع مجهول فيجب أن لا يصح، و لأنه بيع غرر

+++++

(1) هذا تعليل لمنع الكبرى.

(2) وهما: الصغرى و الكبرى.

(3) من هنا اخذ الشيخ في ذكر ما ظهر من كلمات بعض الأعلام في معقد اجماعاتهم على صدق كلتا المقدمتين: الصغرى و الكبرى.

(4) جملة: لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا دليل على صدق الصغرى، و الكبرى المذكورتين في الهامش 2 ص 269.

(5) اي ما افاده ابن ادريس في السرائر.

و راجع (الخلاف) الطبعة الحروفية الجزء 2، ص 17.

(6) هذا هو الكلام الثاني الظاهر من كلمات بعض الأعلام في صدق كلتا المقدمتين.

(7) جملة: إنه بيع مجهول فيجب أن لا يصح، و لأنه بيع غرر -

ص: 270

لاختلاف قيمتي العبدین، ولأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع.

وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع وقلنا: إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین.

فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية، ولم يقس غيرهما عليهما، انتهى (1).

وعبارته المحكية في باب البيوع أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبدین على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء: أنه جائز، ولم يرووا في الثوب شيئا.

ثم قال: دليلنا اجماع الفرقة.

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم، انتهى (2).

وسياأتي (3) أيضا في كلام فخر الدين أن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد اجماعا.

وظاهر هذه الكلمات صدق الجعالة، وكون مثلها قاذحة اتفاقا مع فرض عدم نص.

بل قد عرفت رد الحلبي (4)، للنص المجوز بمخالفته لاجماع الامة.

+++++

- لاختلاف قيم العبيد دليل على صدق الصغرى والكبرى المذكورتين في الهامش 2 ص 269.

(1) راجع (الخلافا) الجزء 2 ص 95 آخر كتاب السلم.

و مقصود شيخ الطائفة قدس سره، من قوله: وقد ذكرناه هذه المسألة في البيوع اي في كتاب الخلافا.

(2) راجع (الخلافا) الطبعة الحروفية الجزء 2 ص 17.

(3) في ص 286 عند نقل شيخنا الأنصاري عنه بقوله:

قال في الايضاح في ترجيح التنزيل على الاشاعة.

(4) وهو ابن ادريس في سرائره، حيث رد على الشيخ -

و مما ذكرنا: من منع كبرى (1) الوجه الاول يظهر حال الوجه الثاني (2) من وجوه المنع: اعني كون الإبهام مبطلا (3).

و أما الوجه الثالث (4) فيرده منع لزوم الغرر، مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، و لذا (5) يجوز الإسلاف في الكلي من هذه الأفراد (6)، مع أن الانضباط في السلم أكد.

و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبرة، و لا فرق بينهما (7) من حيث الغرر قطعا، و لذا (8) ردّ في الايضاح حمل الصاع من الصبرة

+++++

- القائل بجواز بيع عبد من عبيدين.

و قد اشير إلى هذا النقل و الرد في ص 270.

(1) و هي كل جهالة موجبة للبطلان المشار إليها في الهامش ص 270

(2) و هو المذكور في ص 267 بقوله: و آخر بأن الإبهام في البيع مبطل.

(3) لأنك عرفت أن الكلية في الكبرى ممنوعة، إذ ليس كل إبهام موجبا للبطلان، مع أنه لا بد في الشكل الاول من كلية الكبرى

(4) و هو المذكور في ص 268 بقوله: و ثالث بلزوم الغرر.

(5) اي و لاجل فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة.

(6) و هو الكلي المنتزع من الأفراد المتفقة في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة.

(7) اي بين بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كبيع صاع من صبرة مجتمعة الصيعان.

و بين بيع الصاع الكلي من الصيعان.

(8) اي و لاجل عدم الفرق بين بيع بعض من جملة متساوية -

ص: 272

على الكلي برجوعه (1) إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعا.

و أما الرابع (2) فيمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجي فإن الكلي المبيع سلما، أو حالا مملوك للمشتري ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكا للمشتري.

فالوجه (3) أن الملكية امر اعتباري يعتبرها العرف و الشرع، أو احدهما في مواردھا، و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد (4) و لذا (5) صرحوا بصحة الوصية باحد الشئيين، بل باحد الشخصين و نحوهما.

+++++

- الأجزاء، و بين بيع الصاع الكلي من الصيعان من حيث الغرر قطعاً.

(1) الباء بيان لكيفية الرد اي فخر المحققين في الايضاح ردّ من قال: إن بيع صاع من الصبرة يحمل على الكلي منها.

و كيفية الرد أن هذا النوع من البيع مآله إلى عدم تعيين المبيع و من الواضح أن عدم التعيين موجب للغرر، و الغرر مفسد للبيع اجماعاً.

(2) اي و أما الرد على الاستدلال الرابع و هو المذكور بقوله في ص 268: و رابع بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج.

(3) اي القول الصحيح و الحق المطابق للواقع.

هذا رأي شيخنا الانصاري في عدم جواز بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء.

(4) حيث إنهما من الصفات الوجودية المتأصلة المحتاجة في الخارج إلى محل تقومان به.

(5) اي و لاجل أن الملكية امر اعتباري يعتبره الشارع، أو العرف و لا تحتاج إلى محل شخصي تقوم به تصح الوصية باحد الشئيين أو احد الشخصين، فإن إنشاء احد الشئيين، أو احد الشخصين -

ص: 273

فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي عدم دليل معتبر على المنع (1).

قال (2) في شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين (3): وفيه (4) تأمل، إذ لم يقدّم دليل على اعتبار هذا المقدار (5) من العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي طرف اراد المشتري، أو من أي جانب كان من الارض.

فما المانع بعد العلم بذلك؟، انتهى (6).

فالدليل (7) هو الاجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير

+++++

- من الوصي امر اعتباري، لأن تملك احد الشئين، أو تصرف احد الشخصين بالوصية يكون بعد موت الموصي.
فنفس احد الشئين، أو احد الشخصين امر اعتباري لا وجود له خارجا، فلا فرق بين الوصية و البيع من هذه الناحية.
مع أن الكل متفقون على صحة الوصية.

(1) اي على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان.

(2) اي المحقق الاردبيلي قدس سره.

(3) اي من الرأس، أم من الآخر أم من الوسط.

(4) اي وفي المنع تأمل، هذا مقول قول المحقق الاردبيلي وقد اورده على ما افيد في المقام.

(5) و هو تقييد المبيع بكونه من أي الطرفين.

(6) اي ما افاده المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد.

(7) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم ابداء النظر في بطلان -

واحد نسبته (1) إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين (2) في شرحه على القواعد بعد حكم المصنف (3) بصحة بيع الذراع من الثوب، والارض الراجع إلى بيع الكسر المشاع (4): وإن (5)

+++++

- مثل هذا البيع اي ليس لنا دليل على بطلان بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء مرددا سوى الاجماع إن ثبت أن هناك اجماعا على ما افيد في المقام، لا الأدلة المتقدمة المذكورة في ص 267 و ص 268 بقوله:

واستدل بعضهم على المنع بالجهالة، وآخر بأن الابهام، وثالث بلزوم الغرر، ورابع بأن الملك صفة وجودية.

(1) اي نسبة هذا الاجماع إلى أصحابنا الامامية.

كما في قول صاحب الرياض الذي نقله الشيخ في ص 267 بقوله:

بل في الرياض نسبته إلى الأصحاب.

وكما في قول المحقق الاردبيلي عند نقل الشيخ عنه في ص 267 بقوله: وعن المحقق الاردبيلي قدس سره أيضا نسبة المنع إلى الأصحاب.

(2) وهو الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره.

(3) وهو العلامة الحلي قدس الله نفسه الزكية الطاهرة.

(4) المراد من الكسر المشاع هو الجزء، فإنه كسر بالنسبة إلى الكل كالواحد من مائة متر 0 01

(5) هذا مقول قول بعض الأساطين وهو الشيخ كاشف الغطاء قدس سره.

و خلاصة كلامه أن المتبايعين لو قصدا من بيع جزء من جملة متساوية الأجزاء جزء معيناً كبيع كيلوغرام من الصبرة، أو بيع

ص: 275

قصدا معيناً من عين، أو كليا (1) لا على وجه الإشاعة بطل لحصول (2) الغرر بالإبهام في الاول، وكونه (3) بيع المعدوم و باختلاف (4)

+++++

- متر واحد من (طول القماش) من دون تعيين الكيلو غرام أو المتر.

(1) اي أو قصد المتبايعان من بيع جزء من جملة متساوية الأجزاء جزء كليا في معين لا على نحو الإشاعة فقد بطل البيع في كلتا الصورتين

وقد ذكر الشيخ كاشف الغطاء لبطلانهما أدلة أربعة نذكرها عند رقمها الخاص.

(2) هذا دليل بطلان بيع جزء معين لا على التعيين من جملة متساوية الأجزاء، اي مستند البطلان هو حصول الغرر بسبب الإبهام فإن بيع كيلوغرام واحد، أو متر واحد من دون تعيينه غير مشخص خارجا، لعدم تحقق وجود خارجي للكيلو، أو المتر بما هو كيلوغرام أو متر واحد، بل التشخيص إنما يتحقق بعد الاخذ و الحصول عليه خارجا.

و المراد من الاول هو بيع جزء معين لا على التعيين كما عرفت.

(3) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله: لحصول الغرر اي و لكون بيع الكلي لا على نحو الإشاعة بيع معدوم.

هذا دليل بطلان البيع الكلي لا على نحو الإشاعة من جملة متساوية الأجزاء اي مثل هذا البيع بيع معدوم، لأن الكلي بما هو كلي ليس له وجود خارجي، بل الموجود أفراده كما قال المنطقيون.

و الحق أن وجود الطبيعي بمعنى وجود أشخاصه.

نعم لو بيع على نحو الإشاعة صح البيع.

(4) هذا دليل ثان لبطلان بيع الكلي لا على نحو الإشاعة اي -

ص: 276

الأغراض في الثاني غالباً، فيلحق (1) به النادر، و للاجماع (2) المنقول فيه.

إلى أن قال (3): و الظاهر بعد امعان النظر، و نهاية تتبع

+++++

- مستند البطلان ما ذكر، و اختلاف أغراض المتبايعين، فإن أذواقهما مختلفة.

و أما وجه اختلاف الأغراض فظاهر، لأنه عند عدم قصد الإشاعة تختلف أذواق الناس و أغراضهم، إذ رب مشتر داراً من عشر دور في الخارج مثلاً لا على نحو الإشاعة يريد الدار الأولى التي أقرب إلى الشارع، أو الزقاق.

و رب مشتر يروم الثانية منها، للجار الساكن في الأولى، و رب ثالث يريد الثالثة منها، لغرض آخر.

و رب خامس يقصد الرابعة منها، لخصوصية فيها، و هكذا.

و المراد بالثاني هو بيع الكلي لا على وجه الإشاعة كما عرفت.

(1) اي و يلحق بالغالب الفرد النادر: و هو الذي لا تختلف فيه الأغراض و الدواعي، فإن البيع مع هذا الفرد النادر فاسد و باطل فحكمه حكم الغالب.

و مرجع الضمير في فيه القسم الثاني: و هو بيع الكلي لا على نحو الإشاعة كما عرفت.

(2) هذا هو الدليل الرابع لعدم جواز بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء.

(3) اي بعض الأساطين و هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

قال: إنه لا ملازمة بين الغرر الشرعي و العرفي: بحيث كلما صدق الغرر الشرعي صدق الغرر العرفي كما في بيع العبد الأبق مع الضميمة -

أن الغرر الشرعي لا يستلزم الغرر العرفي، وبالعكس (1).

وارتفاع (2) الجهالة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في اصل الماهية.

ولعل (3) الدائرة في الشرع أضيق وإن كان بين المصطلحين (4)

+++++

- فإن العرف يراه غررا و الشرع لا يراه غررا.

(1) اي وكذا لا تلازم بين الغرر العرفي و الشرعي:

بمعنى أنه كلما صدق الغرر العرفي يصدق الغرر الشرعي.

(2) خلاصة هذا الكلام أنه في البيع الكلي لا على نحو الإشاعة وإن كانت الجهالة فيه ترتفع بذكر الصفات المشخصة في الخارج.

لكن الجهالة مع ذلك باقية في اصل ماهيته و نوعيته.

خذ لذلك مثالا:

لوبيع كيلوغرام واحد من الدهن المأكول بصفاته المشخصة خارجا، لكن لا يعين نوعيته: وأنه من أي دهن هو.

هل من الحيوان أم من النبات؟:

فهنا يكون البيع باطلا، لبقاء الجهالة في اصل الماهية وإن ارتفعت الجهالة بذكر الصفات و الخصوصيات.

(3) هذا من كلام بعض الأساطين، اي ولعل دائرة المعاملات الخارجية الفارغة عن الغرر الشرعي المحكومة بالصحة أضيق من دائرة المعاملات الخارجية الفارغة عن الغرر العرفي:

(بعبارة اخرى) أن دائرة بطلان المعاملات الخارجية شرعا أوسع من دائرة بطلان المعاملات الخارجية عرفا، لأن العرف لا يرى الغرر في كثير من معاملاتهم الواقعة في الخارج.

(4) وهما: الغرر الشرعي، و الغرر العرفي، اي بين هذين الاصطلاحين -

عموم و خصوص من وجهين (1).

وفهم الأصحاب مقدم، لأنهم أدري بمذاق الشارع وأعلم انتهى (2) ولقد اجاد (3)، حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما

+++++

- عموم و خصوص من وجه:

لهما مادتا افتراق، و مادة اجتماع.

أما مادة الافتراق من جانب الغرر الشرعي: بأن يصدق الغرر العرفي، دون الغرر الشرعي كما في بيع العبد الأبق مع الضميمة، مع الشك في حصول العبد في يد البائع، أو المشتري.

و كما في بيع الصرف و السلم المشتراط فيهما القبض عند وقوع المعاوضة على عوض مجهول قبل القبض، أو لا يكون المشتري قادرا على تسليم الثمن للبائع، أو كل منهما كما في بيع الصرف.

و أما مادة الافتراق من جانب الغرر العرفي: بأن يصدق الغرر الشرعي و لا يصدق الغرر العرفي كما في بيع شيء مكيل، أو موزون بمثله غير مكيل و لا موزون، فإن العرف لا يراه غررا. لكن الشارع يراه غررا.

و أما مادة الاجتماع فكما في بيع شيء مجهول من حيث الجنس أو النوع، أو الوصف المعتنى به عند العرف.

فهنا يجتمع الغرر الشرعي و العرفي معا فيبطل البيع على كلا الملاكين: و هما الغرر الشرعي، و الغرر العرفي.

(1) التثنية باعتبار كل واحد من العموم و الخصوص اي عموم من وجه، و خصوص من وجه.

(2) اي ما افاده بعض الأساطين و هو كاشف الغطاء في هذا المقام.

(3) هذا كلام شيخنا الانصاري اي و لقد اجاد بعض الأساطين.

ص: 279

فرع: على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما ارادا غير شائع لم يصح البيع

(فرع):

على المشهور من المنع (1) لو اتفقا (2) على أنهما ارادا غير شائع لم يصح البيع، لاتفاقهما على بطلانه.

ولو اختلفا فادعى المشتري الاشاعة فيصح البيع وقال البائع:

اردت معينا (3).

ففي التذكرة الأقرب قبول قول المشتري، عملا بأصالة الصحة (4) و أصالة عدم التعيين، انتهى (5).

وهذا (6) حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في احد المعنيين.

+++++

(1) اي من منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء: بأن قصد المتبايعان جزءا كليا لا على نحو الاشاعة.

(2) اي البائع والمشتري.

(3) اي فردا معينا من غير تعيين له.

(4) لأن المشتري يدعي الصحة وهي مقدمة على القول بالبطلان وهو قول البائع.

(5) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7. ص 51.

(6) اي ما افاده العلامة في التذكرة: من تقدم قول المشتري في بيع بعض جملة متساوية الأجزاء جزءا كليا لا على نحو الاشاعة لأصالة الصحة، و أصالة عدم التعيين: حسن إذا لم يتفق البائع والمشتري على اداء لفظ ظاهر في الاشاعة كلفظ الربع، أو النصف أو الثلث، أو غير ذلك من الكسور الاعشارية، أو ظاهر في المبيع -

أما معه (1) فالمتبع هو الظاهر، وأصالة (2) الصحة لا تصرف الظواهر. (1)

+++++

- المعين، فإنه في تلك الحالة و التسالم عليها يكون الظاهر هو المتبع سواء أكان اللفظ ظاهرا في الاشاعة، أم في التعيين لتقدم الظواهر اللفظية على الاصول العملية التي منها أصالة الصحة.

(1) اي مع التسالم الخارجي.

(2) هذا رد على ما افاده العلامة في تقديم قول المشتري بأصالة الصحة في قوله في ص 280: عملا بأصالة الصحة، حيث إن المشتري مدع للصحة، و البائع مدع للفساد و مدعي الصحة مقدم على مدعي الفساد.

و خلاصة الرد أن الاصول العملية لا تصرف الاصول اللفظية عن ظواهرها إذا كان هناك لفظ ظاهر في الاشاعة أو التعيين، لحكومة الظواهر اللفظية على الاصول العملية، لأن حجيتها من باب الكشف و حجية الاصول العملية من باب التعبد كما ثبت في علم الاصول.

ثم لا يخفى عليك أن نظير هذه المسألة ذكرت في باب الرشوة.

راجع (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 2، ص 431 - و ص 432 الهامش 8 و ص 433.

أليك نص عبارة الشيخ في الجزء 2 ص 431.

لو ادعى الدافع أنها هدية ملحقة بالرشوة في الفساد و الحرمة و ادعى القابض أنها هبة صحيحة لداعي القرية، أو غيرها احتمال تقدم الاول: لأن الدافع أعرف بنيته.

إلى أن يقول قدس سره.

و يحتمل العدم إذ لا عقد مشترك هنا اختلفا في صحته و فساده حيث إن احدهما يدعي الاجارة، و الثاني يدعي الهبة فيبين الاجارة و الهبة تباين لا جامع بينهما حتى يقال بتقديم قول مدعي الصحة على من يدعي الفساد.

ص: 281

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و أما أصالة (1) عدم التعيين فلم اتحققها.

و ذكر بعض من قارب عصرنا (2) أنه لو فرض الكلام ظهور في عدم الاشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة.

+++++

- فالدافع منكر لاصل العقد الذي يدعيه القابض.

(1) هذا رد على ما افاده العلامة في تقديم قول المشتري على البائع بأصالة عدم التعيين في قوله في ص 280: و أصالة عدم التعيين.

و خلاصة الرد أن مآل الشك في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء إلى أنه لا يدري أنه يريد المعين، أو غيره فكل من الارادتين حادث في عرض الحادث الآخر، و ليس هناك شيء قد تعلق به الإرادة سابقا ثم شك في عروض التعيين عليه حتى تستصحب تلك الحالة.

(بعبارة اخرى) أن التعيين ليس عبارة عن قصد الاشاعة متخصصة بمعين حتى يكون قصد الاشاعة متعينا، لتكون أصالة الصحة مثمرة في تقديم قول المشتري.

بل القصد إلى التعيين ضد القصد إلى الإشاعة.

و أصالة عدم قصد كل معارض بأصالة عدم قصد الآخر فيتعارضان فيتساقطان.

(2) الظاهر هو المحقق التستري صاحب المقاييس قدس سره.

و خلاصة ما افاده: أنه على فرض كون كلام احد المتبايعين ظاهرا في عدم الاشاعة، و كون مؤداه بطلان البيع.

لكن نقول هنا بالصحة، لحمل فعل المسلم على الصحة.

اذا يكون الحمل على الصحة قرينة صارفة عن ظهور الكلام على عدم الإشاعة إلى الاشاعة.

ص: 282

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة

إشارة

(الثالث) من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة (2).

الفرق بين هذا الوجه، و الوجه الثاني

والفرق بين هذا الوجه (3)، و الوجه الثاني (4) كما حققه (5)

+++++

(1) اي وفيما افاده بعض من قارب عصرنا نظر و إشكال.

و خلاصة وجه النظر أن ما افاده: من صحة البيع لاجل حمل فعل المسلم على الصحة صحيح لو كان أصالة الصحة من الاصول العملية التي مرتبتها عقيب مرتبة الظواهر، حيث إن الظواهر من الأمارات و هي متقدمة على الاصول العملية فلا مجال لها مع وجود الأمارات.

و أما بناء على أن أصالة الصحة من الأمارات كما يستفاد هذا المعنى من بعض الروايات في قوله عليه السلام: هو حين يتوضأ أذكر فالظاهر أن أماريتها مختصة بما إذا لم يكن في موردها ظهور.

(2) كأن بيعت عشرة كيلوات من الحنطة المكدسة في مئات الأكياس كل كيس منها محتو على عشرة كيلوات.

فالحنطة المتصفة بالطبيعة الكلية التي هي المئات من الأكياس منحصرة المصاديق في تلك الأفراد التي هي الأكياس.

فمثل هذا البيع صحيح ليس فيه غرر حتى يشمل الحديث النبوي صلى الله عليه وآله وسلم.

(3) و هو الوجه الثالث الذي قلنا بصحة البيع فيه في الهامش 2 من هذه الصفحة عند قولنا: فمثل هذا البيع.

(4) و هو بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء على نحو التردد المشار إليه في ص 267 بقوله: و لا إشكال في بطلان ذلك.

(5) اي حقق المحقق الكركي الفرق بين الصورة الثانية التي قيل -

في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني(1) بما (1) إذا فرقت الصيعان وقال: بعتك احدها: أن المبيع هناك (2) واحد من الصيعان المتميزة المشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملا على الغرر (3).

وفي هذا الوجه (4) امر كلي غير متشخص، ولا متميز بنفسه ويتقوم كل واحد من صيعان الصبرة ويوجد (5) به.

ومثله (6) ما لو قسم الأرباع وباع ربعا منها من غير تعيين.

ولو باع ربعا قبل القسمة (7) صح، وتنزل على واحد منها مشاعا، لأنه حينئذ امر كلي.

(فإن قلت): المبيع في الأولى (8) أيضا امر كلي.

+++++

- بطلانها، والثالثة التي قيل بصحتها.

(1) الباء بيان لكيفية الفرق بين الصورتين من حيث الصحة والفساد.

(2) وهي الصورة الثانية المشار إليها في ص 267.

(3) لكون المبيع مرددا فيكون مبهما والإبهام موجب للغرر.

(4) وهي الصورة الثالثة المشار إليها في ص 283.

(5) اي الامر الكلي يوجد ويتشخص في الخارج بكل واحد من الصيعان الموجودة في الخارج كما عرفت في الهامش 2 ص 283 عند قولنا: فالحنطة المتصفة بالطبيعة الكلية.

(6) اي ومثل الصورة الثانية المشار إليه في ص 267 في البطلان لوجود الإبهام في غير المعين الموجب للغرر.

(7) اي قبل أن يجعل البائع الصبرة من الطعام في الأكياس المعلومة من حيث المقدار.

(8) وهي الصورة الثانية المشار إليها في ص 267 الذي قلنا بطلان البيع فيها، لوجود الإبهام فيها الموجب للغرر.

ص: 284

(قلنا): ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيغان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة (1) فيشبه الامر الكلي (2) و بحسب الواقع جزئي غير معين ولا معلوم.

و المقتضي لهذا المعنى (3) هو تفريق الصيغان، و جعل كل واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلا على شخصي غير معلوم فصار كبيع احد الشياه، و احد العبيد.

و لو قال: بعتك صاعا من هذه شايعا في جملتها لحكمنا بالصحة انتهى (4).

و حاصله (5) أن المبيع مع التريد جزئي (6) حقيقي فيمتاز عن المبيع الكلي (7) الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة.

+++++

(1) حيث إن البائع يقول للمشتري: بعتك واحدا من تلك الصيغان المتشخصة المتميزة غير معين فيكون المبيع إذا مبهما موجبا للغرر.

(2) اي بحسب الظاهر، لا الواقع.

(3) و هو كون المبيع في الصورة الثانية المشار إليها في ص 267 يشبه الامر الكلي ظاهرا، لكن بحسب الواقع جزئي غير معين.

(4) اي ما افاده المحقق الكركي في كتابه جامع المقاصد.

راجع (جامع المقاصد) الطبعة الحجرية ص 216 عند قوله:

و لو قال: بعتك صاعا من هذه الصيغان.

(5) اي حاصل ما افاده المحقق الثاني في جامع المقاصد في بيع صاع من الصيغان في الصورة الثانية المشار إليها في ص 267.

و في الصورة الثالثة المشار إليها في ص 283.

(6) و هي الصورة الثانية المشار إليها في ص 267.

(7) و هي الصورة الثالثة المشار إليها في ص 283.

ص: 285

وفي الايضاح أن الفرق بينهما (1) هو الفرق بين الكلي المقيد بالوحدة، وبين الفرد المنتشر.

ثم الظاهر صحة بيع الكلي بهذا المعنى (2) كما هو صريح جماعة منهم الشيخ والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلي، أو الاشاعة.

لكن يظهر مما عن الايضاح وجود الخلاف في صحة بيع الكلي (3) وأن منشأ القول بالتنزيل (4) على الاشاعة هو بطلان بيع الكلي بهذا المعنى (5)، والكلي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة.

قال في الايضاح في ترجيح التنزيل على الاشاعة: إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين وهو الغرر الذي يدل

+++++

(1) اي بين الصورتين وهما: الصورة الثانية و الثالثة.

خلاصة كلام صاحب الايضاح أن الفرق بين الصورتين هو الفرق بين الكلي المفيد بالوحدة اي الموجود من هذا الكلي هو الفرد الخارجي الذي يتحقق الكلي فيه، حيث إن الكلي لا وجود له خارجا إلا بوجود أفرادها كما عرفت في الهامش 3 ص 276 عند قولنا:

و الحق أن وجود الطبيعي.

إذا يكون الفرد متعينا فيصح بيعه.

بخلاف الكلي الموجود في ضمن فرد متردد على نحو الانتشار فإن الفرد حينئذ يكون مبهما موجبا للغرر، لأنه امر انتزاعي لا يصح وقوع البيع عليه.

(2) وهو المقيد بالوحدة.

(3) وهو المشار إليه في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(4) اي تنزيل الكلي المقيد بالوحدة الموجود في الخارج هو الفرد المتمتعق فيه الكلي.

(5) وهو الكلي المقيد بقيد الوحدة.

ص: 286

النهي عنه على الفساد اجماعا، ولأن احدهما (1) بعينه لواقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح، ولا- بعينه هو المبهم، وإبهام المبيع مبطل، انتهى (2).

+++++

(1) هذا هو الدليل الثاني لصاحب الايضاح على عدم جواز بيع الكلي المقيد بقيد الوحدة، إذ دليله الاول هو أن الكلي إذا لم يكن مشاعا لكان غير معين، وإذا كان غير معين يكون غير معلوم العين.

وإذا كان كذلك يكون غررا.

(2) اي ما افاده في الايضاح.

ثم لا يخفى عليك أن للمرحوم المحقق الشيخ موسى الخونساري طاب ثراه في تقارير بحث استاذة المحقق النائيني قدس سره في الجزء 1 ص 397-398 تحقيقا رشيقا حول تصور كسر المشاع فراجع كي تستفيد منه فوائد جمّة.

و خلاصته أن بعض الحكماء وأكثر المتكلمين قبل ظهور الاسلام كانوا قائلين بأن مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي ليست قابلة للقسمة لا خارجا ولا ذهنا.

ويسمون كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد، والجواهر الذي لا يتجزى.

و ذهب النّظام إلى أن الجسم مركب من أجزاء غير متناهية.

و اختار بعض المحققين من المتكلمين و جمهور الحكماء بطلان الجزء الذي لا- يتجزى، و على فرض تحققه فليس هو مادة الجسم المطلق

و صار بطلان عدم قابلية الجزء للقسمة من أوضح البديهيات في عصرنا الحاضر، لأن كل متحيز بالذات الذي هو قابل للاشارة الحسية إليه لا بدّ أن يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة التحت -

ص: 287

- وكذا باقي الجهات الست فلا محيص من أن يكون الجزء منقسما وإن لم يكن فعلا كذلك، لعدم وجود آلة لنا لتقسيمه.

هذا مضافا إلى ما برهنوا عليه: من لزوم تفكك الرحى (1) ونفي الدائرة.

+++++

(1) راجع حول الجزء الذي لا يتجزى، وتفكك الرحى، ونفي الدائرة ما افاده الحكيم المتأله السبزواري قدس سره في منظومته.

أليك شطرا منها:

غور في إبطال الجزء الذي لا يتجزى.

حادث له مادة ومدّة، إذ مع القول بتركب الجسم مما لا يتجزى لا يمكن القول بالهيولى والصورة كما لا يخفى.

اعلم أن بطلان الجزء في هذه الأعصار صار قريبا من البديهيات لكثرة ما اقام الأفاضل من البراهين المحكمة الطبيعية والهندسية، فلا يحتاج المطلب إلى مزيد عناية، ولذلك اقتصرنا على ذكر بعضها فقلنا:

تفكك الرّحى ونفي الدائرة** و حجج اخرى لديهم دائرة اللازم من القول بالجزء.

وبيانه أنا إذا فرضنا خطا جوهريا من مركز الرحى إلى الطوق العظيم منها كان مركبا من أجزاء لا يتجزى، فاذا تحرك الجزء الذي على الطوق العظيم مقدار جزء من المسافة.

فالأجزاء التي تليه إلى آخرها وهو الذي على الطوق الصغير المجاور لمركز الرحى إن تحرك شيء منها أقل من مقدار جزء فقد تصور أقل من الجزء.

وإن تحرك كل واحد منها أيضا مقدار جزء من المسافة لزم -

ص: 288

- وهكذا بطلان مذهب النّظام صار بديهيًا، لأنه لو كان الجسم مركبا فعلا من أجزاء غير متناهية يلزم امتناع قطع مسافة معينة في مدة متناهية إلا بالطرفة.

إذا عرفت ذلك فحيث إن الجزء قابل للقسمة فمعنى الشركة على الإشاعة أن كل جزء يفرض في الجسم لكل واحد من الشريكين المتساويين مالك لنصف هذا الجزء، لا أن كل واحد مالك في تمام الجزء، و لا أن لكل واحد جزءا خاصا واقعا غير معلوم ظاهرا -

+++++

تساوي مسافاتهما، وكذا تساوي حركاتها وهو محال بالظاهر.

وإن سكن ما يلي رأس الخط حين ما تحرك الرأس مقدار جزء لزم انفكاكه عنه.

وهكذا تنقل الكلام إلى الآخر فيلزم تفكك الرحي على مثال دوائر بعضها محيطة ببعض و هو باطل، لشهادة الحس بخلافه، ولاستلزامه الخرق في الفلك إذا فرض هذا في كوكبين يدور احدهما عند القطب والآخر عند المنطقة، إلى آخر ما افاده هناك(1).

ثم إنني احببت أن اذكر في هذا المقام عند ما جرى البحث عن الجزء الذي لا يتجزى، وأنه قابل للقسمة ما انشده بعض الظرفاء من الشعراء يصف محبوبته بصغر فمها الذي هو احد ملامح الفتاة و ما أجمله، إذ كان كثيرا ما يعبرون عن محبوبتهم بالحبيب قال:

برهن اقليدس في فمه *** بأنما النقطة لا تنقسم

فلي حبيب فمه نقطة *** فانتقض البرهان إذ يتسم

ص: 289

1- راجع (منظومة السبزواري) قسم الطبيعيات ص 217.

+++++

- نعم لو انتهى الامر إلى الالتزام بصحة لجزء الذي لا يتجزى فلا محيص إلا عن القول بأن كل واحد منهما مالك الجزء معين، أو مالك لتمام هذا الجزء.

وعلى هذه المسالك يبتنى القولان في قسمة المشاع: من إنها بيع أو افراز حق، فإن كونها افراز حق ملازم لأن يكون كل واحد شريكا مع الآخر في كل جزء بحسب نسبة الملك: بأن يكون نصفه، أو ثلثه، أو غير ذلك من الكسور للاحد الشريكين، و الباقي للآخر.

و حيث إن النصف من كل جزء امر كلي قابل للانطباق على النصف من أي طرف من الجسم فبالقسمة يميز و يخرج عن الإبهام و الكلية و يعين في الطرف الشرقي، أو الغربي، و كونها بيعا ملازم لأن يبيع كل واحد اضافته بالنسبة إلى هذا الجزء باضافته بالنسبة إلى الجزء الآخر.

و بالجملة من التزم بالجواهر الفرد، و الجزء الذي لا يتجزى فإما أن يلتزم بأن كل جزء له مالكان حتى يمكنه تصور الاشاعة.

و إما أن يلتزم بأن بعض الأجزاء بتمامه ملك للاحد الشريكين واقعا و بعضه بتمامه ملك للآخر كذلك، إلا أنه غير متميز خارجا.

و أما القائل بأن الجزء قابل للقسمة إلى ما لا نهاية له فمعنى الاشاعة على مختاره عدم تمييز الكسر المشاع، و كونه كليا قابلا للانطباق على كل كسر.

و كيف كان فلا إشكال في صحة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء على نحو الاشاعة، انتهى ما افاده هناك فراجع.

(1) اي و تبع بعض المعاصرين فخر المحققين فيما ذهب إليه:

من وجود الخلاف في صحة البيع الكلي بالمعنى الثالث الذي اشير إليه -

بعض المعاصرين، مستندا تارة إلى ما في الايضاح: من (1) لزوم الإبهام والغرر.

و اخرى (2) إلى عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة، لا على وجه الاشاعة.

و ثالثة (3) باتفاقهم على تنزيل الأرتال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة.

و يرد الاول (4) ما عرفت: من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر (5) فكيف نسلم في الكلي (6).

+++++

- في الهامش 2 ص 283.

و ذكر المعاصر للمنع وجوها ثلاثة نذكرها عند رقمها الخاص.

(1) هذا هو الوجه الاول

(2) هذا هو الوجه الثاني.

(3) هذا هو الوجه الثالث.

(4) اي الوجه الاول المشار إليه في الهامش 1 من هذه الصفحة.

(5) و هي الصورة الثانية من صور بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء المشار إليها في ص 267 بقوله: الثاني أن يراد به بعض مردّد.

و المراد من قوله: ما عرفت قوله في ص 274:

فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي عدم دليل معتبر على المنع.

(6) و هي الصورة الثالثة المشار إليها في ص 283 بقوله:

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد، اي إذا قلنا بصحة بيع الكلي المقيد بالوحدة فكيف لا نقول بصحة بيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق

ص: 291

و الثاني (1) بأنه معهود في الوصية، و الإصداق (2).

مع أنه (3) لم يفهم مراده من المعهودية، فإن أنواع الملك، بل

+++++

- في الأفراد المتصورة في تلك الجملة.

(1) اي و يرد الوجه الثاني الذي اشير إليه في الهامش 2 ص 291.

و خلاصة الرد أن جعل الكلبي بالمعنى الثالث معهود في الوصية كما علمت عند قوله في ص 273: و لذا صرحوا بصحة الوصية باحد الشيتين، بل احد الشخصين.

و قد عرفت وجه ذلك في الهامش 5 ص 273 عند قولنا: اي و لاجل أن الملكية امر اعتباري.

(2) اي و معهود في جعل الكلبي بالمعنى الثالث مهرا و صداقا للنساء: بأن يجعل المهر كليا متعلقا بالعين الخارجية لا على وجه الإشاعة، بناء على اكتفاء الفقهاء بارتفاع أكثر المجهولات، و عدم لزوم التناهي فيه، و لذا جوز الفقهاء في المكيل و الموزون و المعدود الاكتفاء بالمشاهدة فيها في مقام البيع، مع الجهل بالوزن و الكيل و العدد،

فما افاده المعاصر: من عدم معهودية ملك الكلبي لا على وجه الاشاعة منتقض بالوصية و الصداق كما عرفت، لإمكان معهودية الملك على الوجه المذكور فيهما.

(3) هذا جواب آخر عن الوجه الثاني المشار إليه في الهامش 2 ص 291.

و خلاصته أنه إن كان مراد المعاصر من عدم معهودية بيع الكلبي هو عدم معهودية نوع مكان نوع آخر، أو جنس مكان جنس آخر بأن لم تعهد ملكية الهبة المعوضة، أو الصلح في مورد البيع، أو البيع في مورد الاجارة: بأن يقال: إنه انشأ الهبة المعوضة و اراد البيع، أو انشأ الصلح و اراد المساقاة، أو انشأ البيع و اراد الاجارة فهذا صحيح لا إشكال فيه -

ص: 292

كل جنس لا يعهد تحقق احدها في مورد الآخر، إلا (1) أن يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين أفراد موجودة، فيكفي في رده النقض بالوصية، و شبهها.

هذا (2) كله مضافا إلى صحيحة الأطنان الآتية، فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر، وإما بيع الكلي في الخارج.

وأما الثالث (3) فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

+++++

- لكن نقول له: هذا لا ربط له في المقام.

(1) اي وإن اراد من عدم معهودية بيع الكلي عدم وجود مورد تعييني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين أفراده الخارجية:

بأن يقال: إن البائع انشأ بيعا خاصا كبيع احد العدلين، فإنه بيع خاص، لكن متعلق الإنشاء مردد بين فردين، أو أفراد موجودة في الخارج.

فنقول له: نظير هذا موجود و معهود في الخارج كما في الوصية باحد العدلين، حيث افتى الفقهاء بصحة مثل هذه الوصية.

وكذا في مورد صداق المرأة، حيث افتوا بصحة جعل المهر كليا متعلقا بالعين الخارجية.

(2) اي ما اجبناه عن الوجوه الثلاثة إن لم يكف في المقام فلنا بالإضافة إلى ذلك دليل آخر وهي صحيحة الأطنان الآتية في ص 296 في

مسألة بيع صاع من صبرة، فإنها وردت إما في بيع الفرد المنتشر الذي هي الصورة الثانية المشار إليها في ص 267.

أو في بيع الكلي الذي هي الصورة الثالثة المشار إليها في ص 283 وقد عرفت بطلان الصورة الثانية، وصحة الصورة الثالثة.

(3) اي وأما الرد على الوجه الثالث من وجوه استدلال المعاصر -

ص: 293

- على عدم صحة بيع الكلي المنحصرة مصاديقه في الأفراد المتصورة في تلك الجملة التي اشير إليها في الهامش 6 ص 291:
فسيأتي في المسألة الآتية في ص 295.

فتحصل من مجموع ما ذكر في مسألة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء أن البيع كذلك يتصور على وجوه ثلاثة:

(الاول): إرادة كسر مشاع من البعض كيبيع صاع من صيعان سواء أ كانت الصيعان مجتمعة أم متفرقة كما علمت في الهامش 3 ص 265.

و سواء أ كانت متساوية الأجزاء من حيث الصفة المستلزمة لتساوي قيمتها كما في صبرة من طعام.

أم مختلفة الأجزاء كما في عدل من العدلين، أو شاة من الشاتين لاختلاف أفرادهما كما عرفت في الهامش 3 ص 265.

و هذا يصح بيعه و لا إشكال فيه.

(الثاني): إرادة بعض مردد منتشر بين الأفراد المتصورة في المجموع من جملة متساوية الأجزاء.

و هذا مما لا إشكال في بطلانه، و عدم صحة بيعه.

(الثالث): إرادة طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة، و لا إشكال في صحة بيع هذا الكلي بالمعنى

المذكور: -

ص: 294

مسألة: لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المتقدمة:

إشارة

(مسألة):

لو باع صاعا من صبرة (1) فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المتقدمة: اعني كسر المشاع، أو على الوجه الثالث: و هو الكلي، بناء على المشهور: من صحته؟

وجهان، بل قولان.

+++++

(1) بأن كانت جملة الصبرة مجتمعة فيبيع صاع منها.

فهذا الصاع المبيع فيه ثلاثة أقوال:

(الاول): أنه يحمل على الإشاعة كما اشير إليه في ص 265.

(الثاني): أنه يحمل على الفرد المنتشر المردد كما اشير إليه في ص 267.

(الثالث): أنه يحمل على الكلي الطبيعي المتعين في الخارج.

واستدل للأول بما حاصله: إن مقتضى المعنى العرفي أن يكون قول البائع: بعتك صاعا إشارة إلى مقدار معين من تلك الصبرة قدره صاع، ثم يلاحظ نسبة هذا الصاع إلى تلك الصبرة المجتمعة فيكون هذا الصاع هو الكسر المشاع بين جميع الصبرة، لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه.

واستدل للثاني بأن التنوين في قوله: بعتك صاعا يدل على التكرير وضعا، فإنه وضع لذلك، و مقتضى هذا الوضع هو صرف الكلي الطبيعي إلى الفرد المنتشر المردد بين الأفراد.

واستدل للثالث بأن الذي يفهم عرفا و يسبق إلى الذهن من قول البائع: بعتك صاعا هو الكلي الطبيعي من الصاع الموجود في الصبرة. -

ص: 295

حكى ثانيهما (1) عن الشيخ والشهيد، و المحقق الثاني و جماعة.

و استدل في جامع المقاصد بأنه (2) السابق إلى الفهم.

و رواية يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة و الأنبار فيه ثلاثون الف طن.

فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن:

فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه المشتري من ثمنه الف درهم، و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن؟

فقال عليه السلام: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع (3).

و يمكن دفع الاول (4):

+++++

- و هذا الكلي يتعين خارجا باول وجود منه:

و هذا مختار شيخنا الانصاري كما يصرح بذلك في ص 298 بقوله: فالقول الثاني.

(1) و هو الكلي الطبيعي المتعين في الخارج باول وجود منه.

و قد اشير إليه في ص 295 بقولنا: و استدل للثالث.

(2) اي الكلي الطبيعي المتعين في الخارج هو السابق إلى الفهم.

و قد عرفت خلاصة استدلال المحقق الثاني في ص 295.

عند قولنا: و استدل للثالث بأن الذي يفهم عرفا.

(3) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 272 الباب 19 - الحديث 1.

(4) اي رد الاستدلال الاول الذي استدل به المحقق الثاني:

و هو سبق الكلي الطبيعي إلى الفهم عرفا.

بأن مقتضى الوضع في قوله: صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقا أن المشهور، بل الاجماع على بطلانه (1).

و مقتضى المعنى العرفي (2) هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حينئذ الاشاعة، لأن المقدار المذكور عن مجموع الصبرة مشاع فيه.

و أما الرواية (3) فهي أيضا ظاهرة في الفرد المنتشر (4) كما اعترف به في الرياض.

لكن (5) الانصاف أن العرف يعاملون في البيع المذكور معاملة الكلّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، و هذه أمانة فهمهم الكلّي (6)

+++++

- وقد عرفت هذا الرد في الاستدلال الثاني في ص 295 عند قولنا: بأن التوين في قوله: بعتك صاعا.

(1) عند قوله في ص 267: و لا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق.

(2) اي و مقتضى الفهم العرفي من قوله: بعتك صاعا هو المقدار المقدر بصاع و هذا يقتضي الاشاعة في مجموع الصبرة، لا الكلّي الطبيعي المتعين في الخارج باول وجود منه.

(3) هذا رد على الاستدلال الثاني للمحقق الثاني: و هي رواية بريد بن معاوية.

(4) الذي اشير إليه في ص 295 عند قولنا:

الثاني أنه يحمل على الفرد المنتشر.

(5) من هنا يريد الشيخ الانصاري أن يبدي نظره حول بيع صاع من صبرة في تنزيل الصاع على أي معنى من المعاني الثلاثة التي ذكرناها في ص 294 عند قولنا: الاول - الثاني - الثالث.

(6) و هو الكلّي الطبيعي المتعين في الخارج الذي اشير إليه -

ص: 297

و أما الرواية (1) فلوفرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّي (2) لاجل القرينة الخارجية (3).

و تدل (4) على عدم الاشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مالا للمشتري.

فالقول الثاني (5) لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالاول (6) و إن حكاه في الايضاح قولاً.

ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً امور:

اشارة

ثم إنه يتفرع على المختار (7) من كون المبيع كلياً امور:

منها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع

(احدها) (8): كون التخيير في تعيينه (9) بيد البائع، لأن (10)

+++++

- في ص 295 عند قولنا: الثالث أنه يحمل على الكلّي.

(1) هذارد على ما افاده الشيخ قدس سره: من فرض ظهور رواية بريد بن معاوية في أن المراد من الكلّي هو الكلّي المنتشر في الفرد المردد

(2) و هو الكلّي الطبيعي المنحصر في الفرد المعين.

(3) و هو احتمال كون التنوين للتمكن، أو ظهور اللفظ في الكلّي الطبيعي، و مع هذا الظهور فلا وجه لحمل الكلّي على الفرد المنتشر.

(4) اي رواية بريد بن معاوية.

(5) و هو حمل الكلّي على الكلّي الطبيعي المتعين في الخارج.

(6) و هو حمل الكلّي على الفرد المنتشر المشار إليه في ص 295.

(7) و هو المشار إليه في الهامش 2 من هذه الصفحة.

(8) اي احد تلك الامور المتفرعة على أن المبيع من صاع من صبرة هو كلي طبيعي: اي احدى الثمرات المترتبة على الوجهين:

الكلّي المنحصر في المعين، و الكلّي على الاشاعة.

(9) اي في تعيين الكلي الطبيعي.

(10) تعليل لكون اختيار تعيين الصاع المشتري بيد البائع -

ص: 298

المفروض أن المشتري لم يملك إلا الطبيعة المعرأة عن التشخيص الخاص، فلا يستحق على البائع خصوصية فاذا طالب بخصوصية زائدة على تلك الطبيعة فقد طالب ما ليس حقا له.

و هذا (1) جار في كل من ملك كليًا في الذمة، أو في الخارج فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي، ولذا (2) كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبده،

+++++

- لا المشتري على القول بأن المراد من الكلي هو المتعين في الخارج.

و خلاصته أن المشتري لا يملك الا الصاع المشتري، دون خصوصية اخرى: و هو كون الصاع من هذا الجانب من كومة الصبرة، أو من ذلك الجانب منها.

فالمملوك هي الطبيعة المجردة المعرأة عن كل شيء، و عن كل خصوصية متشخصة خارجية يستحقها من المالك البائع.

فاذا طالب المشتري بخصوصية زائدة على تلك الطبيعة المعرأة فقد طالب شيئًا لا يستحقه على البائع، و اقترح خصوصية ليست له.

فحكم هذا الصاع حكم الكلي في الذمة، أو في الخارج، من دون فرق بينهما، سوى من حيث ضيق الدائرة في الكلي المعين، و التوسعة في الكلي في الذمة، أو في الخارج.

بخلاف ما لو قلنا: إن المراد من الكلي هو الكلي المشاع، فإن الخصوصية داخلية في المبيع، فتعيين احد جانبي الصبرة متوقف على رضى البائع و المشتري.

(1) اي عدم مطالبة خصوصية زائدة على الطبيعة المعرأة.

(2) اي و لاجل أن عدم خصوصية زائدة على الطبيعة المعرأة جار في كل من ملك كليًا في الذمة، أو في الخارج.

و نحو ذلك (1).

إلا أنه قد جزم المحقق القمي (2) قدس سره في غير موضع من أجوبة مسائله بأن الاختيار فى التعيين بيد المشتري، و لم يعلم له وجه مصحح.

فيا ليتة (3) قاس ذلك على طلب الطبيعة، حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقتها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية، دون اخرى.

+++++

(1) كشاة من شياه، أو ثوب من ثياب، أو دار من دور.

(2) يأتي شرح حياة هذا المحقق العظيم و مؤلفه الشريف:

(أجوبة المسائل) إن شاء الله تعالى في (أعلام المكاسب).

(3) من هنا يروم شيخنا الانصاري أن يرد على المحقق القمي فيما افاده فقال:

فيا ليت المحقق القمي قاس الطبيعة المعراة في بيع صاع من الصبرة على طلب الطبيعة في الأوامر و النواهي.

خلاصة هذا الكلام أنه كما أن المولى حينما يأمر عبده بشيء، أو ينهاه عنه إنما يستحق منه بطلبه و بعثه، و الزامه عليه نفس الطبيعة المجردة عن كل شيء، و المعراة عن أية خصوصية، فلا يستحق من العبد سوى الامثال فى مقام العبودية، و اختيار تطبيق الكلي على الفرد بيد العبد

فاذا لم يستحق شيئاً زائداً على اصل الطبيعة فلا معنى لاقتراح المولى خصوصية زائدة على اصل الطبيعة على عبده.

فكذلك فيما نحن فيه: و هو بيع صاع من صيعان الصبرة، لأن المفروض أن البيع قد تعلق بنفس الطبيعة المعراة عن كل خصوصية، و مجردة عن كل مزية: و هو الصاع المبيع من الصيعان.

ص: 300

و كذلك مسألة التمليك (1) كما لا يخفى.

و أما على الإشاعة (2) فلا اختيار لاحدهما، لحصول الشركة فتحتاح القسمة إلى التراضي.

منها: أنه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه

(و منها) (3): أنه لو تلف (4) بعض الجملة و بقي مصداق

+++++

- فالمشتري في مقام تمليك البائع له صاعا لا يستحق من المالك البائع شيئا سوى تعلقه بالمبيع، و تملكه له لا غير.

فاذا لم يستحق من البائع سوى ذلك فليس له اقتراح خصوصية زائدة على البائع في اختياره من هذا الجانب، أو من ذلك الجانب من كومة الصبرة، بل الاختيار بيد البائع.

هذا إذا كان المثلن كليا.

و أما إذا كان المثلن كليا يكون اختيار تعيين الكلي الطبيعي بيد المشتري كما افاده المحقق القمي قدس سره.

ثم إن لشيخنا المحقق المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 469 وجهها مصححا لما افاده المحقق القمي: في كون اختيار تعيين الكلي بيد المشتري.

فمن اراد الوقوف عليه فليراجع المصدر نفسه، لعدم اقتضاء المقام نقله هنا.

(1) و هي مسألة بيع صاع من صبرة مجتمعة كما عرفت في ص 299 عند قولنا: فالمملوك هي الطبيعة المجردة.

(2) اي و أما على القول بالإشاعة.

(3) اي و من تلك الامور المتفرعة على أن المبيع من صبرة هو كلي طبيعي متعين في الخارج في قوله في ص 298: ثم إنه يتفرع على المختار.

(4) هذه هي الثمرة الثانية المترتبة على القولين.

ص: 301

الطبيعة انحصر حق المشتري فيه (1)، لأن كل فرد من أفراد الطبيعة وإن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع، وإقباضه (2).

فكل (2) ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود.

وهذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً ثابت في كل جزء من المال، من دون حاجة إلى اختيار وإقباض.

فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته (4).

منها: أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر

(و منها) (5): أنه لو (6) فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للاول (7)، لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سار

+++++

(1) اي في مصداق الطبيعة الموجودة.

(2) اي إقباض البائع المبيع للمشتري.

(3) خلاصة هذا الكلام أن المبيع بناء على أنه الكلي المتعين ينطبق عليه صرف الوجود من الطبيعي فما دام مقدار حق المشتري موجوداً في الصبرة فقد انحصر حقه فيه.

(4) فإن كانت حصة المشتري سدساً فقد تلف من حصته سدس وإن كانت خمساً فخمس، وإن كانت ثماناً فثمان.

(5) اي و من تلك الامور المتفرعة على أن المبيع من صبرة هو كلي طبيعي معين التي افادها في قوله في ص 298: ثم إنه يتفرع على المختار.

(6) هذه هي الثمرة الثالثة المترتبة على القولين.

(7) اي للمشتري الاول، لأن المجموع ما عدا الصاع المبيع -

في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة، فاذا تلف ما عدا الصاع (1) فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه ساريا (2) فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض.

و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة (3).

صور إقباض الكلي

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كليا (4) ما لم يقبض.

و أما إذا قبض فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشتري.

و إن قبض في ضمن الباقي: بأن اقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء، و الباقي امانة حصلت الشركة (5)، بحصول

+++++

- لو تلف ينطبق الباقي على ملكه، بناء على القول بأن المراد من الكلي هو الكلي المتعين.

(1) اي ما عدا الصاع المبيع للمشتري الاول كما عرفت آنفا.

(2) لأن الصاع الثاني الذي بيع للمشتري الثاني تسرى كليته في جميع الصبرة عدا الصاع الاول المبيع للمشتري الاول فاذا تلف فقد تلف قبل إقباض البائع الصاع للمشتري فيكون البائع ضامنا له، فتشمله قاعدة:

كل مال تلف قبل إقباض البائع فقد تلف من ماله.

فلا يتلف من مال المشتري الثاني شيء.

هذا بناء على أن المراد من الكلي المتعين في الخارج.

(3) اي و أما بناء على أن المراد من الكلي هو الكلي المشاع فالتالف يوزع على البائع و المشتري الاول، و الثاني، لعدم انحصار المبيع في الصاع الباقي، و عدم سريان البيع الثاني إلى ما بقي من الصبرة، بل إلى مجموع الصبرة.

(4) اي كليا طبيعيا.

(5) اي فيما بين البائع و المشتري.

ماله في يده، وعدم توقفه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلا، وينحصر حقه في الباقي، فحينئذ (1) حساب التالف على البائع، دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما.

و الحاصل (2) أنّ كل جزء معيّن قبل الإقباض قابل لكونه كلاً (3) أو بعضاً (4) ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و اقباضه فيحسب على البائع.

بخلاف التالف بعد الاقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلا، لتحقق الاقباض.

فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشتري على حد سواء.

نعم لو لم يكن اقباض البائع للمجموع على وجه الايفاء، بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الامانة حتى يعين البائع

+++++

(1) اي فحين أن حصلت الشركة بين البائع و المشتري بعد تسليم البائع حصة المشتري إليه، و بعد بقاء الباقي تحت يد المشتري امانة مالكية فلا معنى لاختصاص التالف بالبائع، دون المشتري، لكون الاختصاص ترجيحاً بلا مرجح فلا بد من التوزيع عليهما.

(2) اي و خلاصة ما قلناه في بقاء العين كلياً قبل اقباض البائع.

أو كلياً مشاعاً بعد الاقباض للمشتري.

(3) كما إذا كان الجزء المعين بمقدار المبيع كله،

(4) كما إذا كان الجزء المعين أزيد من مقدار المبيع.

بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض (1). (1)

لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة

هذا كله مما لا إشكال فيه، وإنما الإشكال (2) في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة: أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه (3).

و ظاهر ذلك (4) تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة، ولذا (5) قال في الدروس: (2)

إن في هذا الحكم (6) دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة، و حينئذ (7) يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين، حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة.

+++++

(1) أي يكون التالف من مال المشتري.

(2) أي وإنما الإشكال فيما ذكره الفقهاء.

(3) فلو كان المستثنى عشرة أبطال (أي كيلوات) مثلا و خاست جميع الثمرات المبيعة فيسقط من المستثنى بحسابه أي يوزع التالف على البائع و المشتري.

فهنا يسقط من حصة البائع عشر من مجموع عشرة كيلوات المستثناة إن كان المستثنى عشرة كيلوات.

(4) أي و ظاهر القول بسقوط مقدار من المستثنى بحسابه.

(5) أي و لاجل أن ظاهر القول بسقوط مقدار من المستثنى بحسابه هو تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة

(6) و هو تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة.

(7) أي و حين أن نزلنا الأبطال المستثناة على الإشاعة يقع الإشكال و السؤال عن الفرق بين المسألتين و هما:

مسألة بيع صاع من صبرة مجتمعة، حيث يحمل الكلي فيها -

ص: 305

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و المشهور هنا التنزيل على الكلي، بل لم يعرف من جزم بالاشاعة (1) و ربما (2) يفرق بين المسألتين بالنص (3) فيما نحن فيه على التنزيل

+++++

- على الكلي الطبيعي المعين كما عرفت.

فالتالف قبل الاقباض من مال البائع.

و بعد الاقباض من مال المشتري.

و مسألة الأبطال المستثناة، حيث يحمل الكلي فيها على الاشاعة فالتالف من مال البائع و المشتري.

فلما ذا يكون الفرق؟

(1) اي في بيع صاع من صبرة مجتمعة.

(2) من هنا يروم الشيخ أن يذكر طرق التفصي عن العويصة المعروفة: و هي

سؤال الفرق بين المسألتين المشار إليها في الهامش 7 ص 305-306.

اي لما ذا فرق بين المسألتين؟

بعد البناء على متابعة المشهور: من اختيارهم الكلي المعين في بيع صاع من صبرة مجتمعة، دون الكسر المشاع.

ثم حملوا الكلي في الأبطال المستثناة على الكلي المشاع، و لذا افتى الفقهاء بأنه لو خاست الثمرة، أو تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابه كما عرفت في الهامش 3 ص 305.

ثم إنهم ذكروا طرقا متعددة في التفصي عن العويصة المعروفة ذكرها الشيخ هنا و قد بلغت أربعة.

فنحن نذكر كل طريقة تحت رقمها الخاص.

(3) هذه أوّل طريقة للتفصي عن العويصة المعروفة.

و المراد من ما نحن فيه هو بيع صاع من صبرة مجتمعة.

ص: 306

على الكلي: و هو (1) ما تقدم من الصحيحة المتقدمة.

وفيه (2) أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدي عن مورده إلى مسألة الاستثناء، أو (3)

+++++

(1) اي النص الفارق بين المسألتين هي رواية بريد بن معاوية المشار إليها في ص 296.

و خلاصة الاستدلال في الطريقة الاولى أن مقتضى الكلام في كلتا المسألتين وهما:

مسألة بيع صاع من الصبرة المجتمعة.

و مسألة الأبطال المستثناة من ثمرة شجرات:

هو حمل الكلي فيهما على الكسر المشاع.

لكن الفقهاء حملوا الكلي في بيع الصاع على الكلي المعين، لوجود النص المذكور، وبقيت مسألة الاستثناء تحت قاعدة الاشاعة.

وقد عرفت كيفية دلالة الرواية على الكلي المعين في الهامش 1 ص 295 فراجع.

(2) اي وفيما افيد في الفرق بالنص المذكور نظر وإشكال.

و خلاصة وجه النظر أنه إن استفيدت من النص المذكور قاعدة كلية بحيث تجعل كبرى كلية تنطبق على جميع صغيرياتها و مفرداتها فلا بد من التعدي عن مورد النص: و هي مسألة الأطنان من القصب المبيعة إلى مسألة الأبطال المستثناة فيحمل الكلي في كلا المقامين على الكلي الطبيعي المتعين في أفرادها، لا بحمل الكلي في النص على الكلي المتعين، و الكلي في الأبطال المستثناة على الكلي المشاع.

(3) اي أو لا بد من بيان الفارق بين المسألتين إذا لم نجعل النص المذكور قاعدة كلية بحيث تستفاد منه كبرى كلية تنطبق على صغيرياتها -

ص: 307

بيان الفارق، و خروجها (1) عن القاعدة.

وإن اقتصر على مورده (2) لم يتعد إلى غير مورده حتى في البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدي، وبين مسألة الاستثناء.

وبالجملة (3) فالنص بنفسه لا يصلح فارقا، مع البناء على التعدي عن مورده الشخصي.

وأضعف من ذلك (4) الفرق بقيام الإجماع على الاشاعة في مسألة

+++++

- و مصاديقها فيقال مثلا:

إن الفارق بين المسألتين كذا وكذا.

فيحمل الكلي في النص المذكور على الكلي المتعين.

و الكلي في مسألة الأبطال على الاشاعة.

(1) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: بيان الفارق أي أو بيان خروج مسألة الأبطال عن القاعدة الكلية بعد أن جعلنا النص كبرى كلية تنطبق على جميع صغرياتها إذا لم يكن هناك فارق بين المسألتين.

(2) أي وإن اقتصرنا على مورد النص الذي هي رواية بريد بن معاوية في حمل الكلي فيها على الكلي المتعين فلا بد من عدم التعدي إلى غير مورده حتى إلى بيع صاع من صبرة مجتمعة فلا نقول بحمل الكلي في الصاع المبيع على الكلي المتعين في الأفراد.

(3) أي فخلاصة الكلام في المقام أن النص المذكور و هي رواية بريد بن معاوية لا يصلح بنفسه أن يكون فارقا بين مسألة بيع صاع من صبرة، و مسألة الأبطال المستثناة بعد أن بنينا على التعدي من مورد الرواية إلى بقية الموارد من المبيعات.

و مورد الشخصي من الرواية هو بيع أطنان من القصب.

(4) أي من الفرق الاول الذي ذكره الشيخ بقوله في ص 306: وربما يفرق -

ص: 308

الاستثناء (1)، لأننا (2) نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص.

وأضعف من هذين (3) الفرق بين مسألة الاستثناء، و مسألة

+++++

- هذه هي الطريقة الثانية للتفصي عن العويصة المذكورة.

و خلاصتها أن مقتضى ظاهر لفظ الكلي هو حمله على الكلي المتعين في مسألة بيع صاع من صبرة مجتمعة.

و مسألة الأبطال المستثناة.

لكن الاجماع قام على حمل الكلي في مسألة الأبطال على الاشاعة

(1) و هي استثناء أبطال من ثمرة شجرات.

(2) تعليل لأضعفية الطريقة الثانية من الطريقة الاولى.

و خلاصته أننا قاطعون بعدم استناد المدعين للاجماع المذكور إلى دليل خاص ورد في مسألة الأبطال المستثناة يدل على حمل الكلي فيها

على الاشاعة حتى يكون الحمل المذكور حملا تعديا.

بل استنادهم في الحمل على الإشاعة في مسألة الأبطال المستثناة هو اجتهادهم في ذلك و هو لا يكون حجة.

(3) هذه هي الطريقة الثالثة للتفصي عن العويصة المذكورة.

وقد افادها صاحب الجواهر قدس سره، أي وأضعف من الفرق الاول المشار إليه في الهامش 3 ص 306، و الفرق الثاني المشار إليه في

الهامش 4 ص 308.

و خلاصة ما افاده في الفرق أن اقباض المبيع للمشتري واجب فيلزم امثاله بحسب الامكان، و الامكان إنما يجري فيما لو بقي شيء من

الصبرة يصدق عليه عنوان المبيع.

فاذا بقي شيء منها يجب دفعه إلى المشتري، لكونه متعلق -

ص: 309

الزكاة، وغيرهما ممّا يحمل الكلي فيها على الإشاعة.

وبين البيع باعتبار القبض في لزوم البيع وإيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري، إذ (1) هو شبه الكلي في الذمة.

وفيه (2) مع أن إيجاب (3) القبض متحقق في مسألتَي الزكاة والاستثناء: أن (4) إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقاءه، إذ مع عدم بقاءه كلاً، أو بعضاً يفسخ البيع في التالف، والحكم بالبقاء

+++++

- الوجوب، فلا يشمل التلف شيئاً من مال المشتري.

(1) تعليل لكون التلف لا يشمل شيئاً من مال المشتري.

و خلاصته أن بيع صاع من صبرة يشبه الكلي في الذمة.

فكما أن الكلي في الذمة يحمل على الكلي الطبيعي، فإذا تلف منه شيء فقد تلف من مال البائع.

كذلك الكلي في بيع صاع من صبرة يحمل على الكلي الطبيعي فإذا تلف منه شيء فقد تلف من مال البائع.

راجع (جواهر الكلام) الجزء 22. ص 423 الطبعة الجديدة.

(2) أي وفيما أفاده الشيخ صاحب الجواهر من الفرق المذكور بين المسألتين نظر وإشكال.

(3) هذا إشكال تقضي.

خلاصته أن وجوب الاقباض في مسألة الزكاة، و مسألة الأبطال المستثناة متحقق أيضاً، من دون فرق بينهما، وبين مسألة بيع صاع من صبرة.

(4) هذا جواب حلي عن الفرق المذكور.

و خلاصته أن إيجاب الاقباض على البائع متوقف على بقاء المبيع -

ص: 310

يتوقف على نفي الاشاعة، فنفي الاشاعة بوجود الاقباض لا يخلو عن مصادرة كما لا يخفى.

و أما (1) مدخلية القبض في اللزوم فلا دخل له اصلا في الفرق.

و مثله (2) في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامة من الفرق: بأن (3) التلف من الصبره قبل القبض فيلزم على البائع

+++++

- لأنه إذا لم يبق منه إما كله أو بعضه فقد انفسخ العقد لا- محالة في التالف، و الحكم بالبقاء متوقف على نفي الاشاعة و نفي الاشاعة مصادرة و أوّل الكلام.

و اما إذا قلنا بالاشاعة فالتالف يحسب عليهما، و ينفسخ البيع بمقدار حق المشتري.

(1) هذا رد على ما افاده صاحب الجواهر: من قياس ما نحن فيه بباب الكلي في الذمة كما عرفته في الهامش 1 ص 310 بقولنا:

فكما أن الكلي في الذمة.

و الجواب أن القياس المذكور فرع احراز كون المقام من باب الكلي في المعين، وقد عرفت أن هذا أوّل الكلام، لأننا لا نعلم أن الكلي في المقام كلي معين، أو كلي مشاع، لأن كلامنا في أنه:

لما ذا فرّق بين المسألتين؟

(2) هذه هي الطريقة الرابعة للتفصي عن العويصة المذكورة.

وقد افادها صاحب مفتاح الكرامة أي و مثل الفرق المذكور عن صاحب الجواهر في الضعف: الفرق الذي ذكره صاحب مفتاح الكرامة.

(3) الباء بيان لكيفية الفرق.

و خلاصة ما افاده في الفرق بين المسألتين أن التلف في باب بيع صاع من صبرة قد وقع على المبيع قبل أن يقبض المشتري من المالك -

ص: 311

تسليم المبيع منها (1) وإن بقي قدره (2) فلا ينقص المبيع لاجله.

بخلاف (3) الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض، والمستثنى بيد المشتري امانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما، و لهذا (4)

+++++

- الصاع المشتري فالواجب على البائع اقباض المبيع من الصبرة لأن التالف يحسب على البائع.

بخلاف الأبطال المستثناة، فإن التلف قد وقع على ثمرة شجرات بعد اقباض المالك الكلي و هو البائع فالتالف يحسب على البائع و المشتري.

و خلاصة الكلام في الفرق أن التلف في الصبرة كان قبل اقباض البائع الصاع للمشتري، فاللازم عليه تسليم المبيع من الصبرة وإن بقي من الصبرة مقدار المبيع و هو الصاع، و لا ينقص من هذا المقدار الباقي شيء لاجل التلف من الصبرة، طبقا للقاعدة المعروفة:

كل مبيع تلف قبل اقباض البائع فهو من ماله،

(1) أي من الصبرة كما عرفت آنفا.

(2) أي قدر المبيع كما عرفت آنفا عند قولنا: وإن بقي من الصبرة

(3) أي بخلاف التلف في باب الأبطال المستثناة، فإن التلف يحسب على البائع و المشتري، لأن المستثنى و هي الأبطال المستثناة كانت بيد المشتري امانة على الاشاعة بينهما، لأن بائع ثمرة الأشجار لم يملك المشتري جميع الأثمار حتى ثمرة المستثناة، لیتملك المشتري المستثنى.

بل جعل المستثنى عنده امانة على الاشاعة فيوزع التالف عليهما لو خاست ثمرة الأشجار.

(4) أي و لاجل أن المستثنى كان بيد المشتري امانة على الاشاعة و يوزع التالف عليهما لم يحكم بضمان المشتري للأبطال المستثناة في باب الاستثناء.

ص: 312

لم يحكم بضممان المشتري هنا.

بخلاف البائع هناك (1) انتهى.

وفيه (2) مع ما عرفت: من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة.

فكيف يثبت به؟:

أنه إن اريد (3) من كون التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري.

ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه ولا إشكال.

+++++

(1) اي في باب بيع صاع من صبرة، فإن البائع كما عرفت ضامن للصاع، لأن التلف وقع قبل الاقباض.

(2) اي وفيما افاده صاحب مفتاح الكرامة من الفرق المذكور بين المسألتين نظر وإشكال.

من هنا اخذ الشيخ في الإشكال على ما افاده صاحب مفتاح الكرامة وتحليل كلامه تحليلًا علميًا، و المناقشة معه نقاشًا دقيقًا.

فقال: إنك مع ما عرفت في الجواب عما افاده صاحب الجواهر:

من إن وجوب تسليم المبيع من الباقي بعد التلف، وقبل إقباض البائع للصاع للمشتري مبني على عدم ثبوت الإشاعة، والقول بأنه لا إشاعة هنا مصادرة، وأنه أول الكلام.

فكيف يمكن اثبات الكلي في بيع صاع من صبرة كليًا طبيعيًا بعدم الإشاعة؟

نقول ما المراد من التلف بعد القبض في مسألة الاستثناء؟

(3) اي إن كان المراد من التلف بعد القبض في مسألة الأبطال -

ص: 313

وإنما الإشكال (1) في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع، و البائع في مسألة الاستثناء، حيث (2) إن كلاً منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه.

فكيف يحسب نقص التلف على احدهما دون الآخر؟

+++++

- المستثناة هو التلف بعد قبض المشتري حقه من البائع في ضمن قبض جميع ثمرة الشجرات المبيعة التي منها الأرتال المستثناة للبائع:

فيرد عليه أن هذا النحو من التلف باعث لخروج ذمة البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري، وهذا مما لا إشكال فيه ولا كلام.

(1) أي الإشكال في الفرق بين المسألتين.

وأنه لما ذا يفرق بين المشتري في مسألة شرائه صاعا من صبرة؟ وبين البائع في مسألة الأرتال؟

حيث حكم الفقهاء بضمان البائع للمشتري في الصاع لو تلفت الصبرة وأنه يجب عليه دفع الباقي إلى المشتري، وأن التالف يحسب عليه.

و حكموا بعدم ضمان المشتري للبائع في الأرتال المستثناة لو خاست ثمرة الأشجار، وأن الخامس يحسب على البائع والمشتري كل واحد منهما بحسابه.

(2) تعليل للإشكال في الفرق المذكور بين المسألتين.

و خلاصته أن بائع ثمرة شجرات يستحق من المشتري أرتاله المستثناة التي كانت بيد المشتري امانة بعد أن اقبضه البائع جميع ثمرة الشجرات المبيعة التي منها الأرتال المستثناة فهو لم يتسلم من المشتري تلك الأرتال.

وأن مشتري صاع من صبرة يستحق الصاع من البائع وهو لم يقبضه منه فكلاهما مشتركان في عدم قبض حقهما الكلي.

ص: 314

مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي.

و إن اريد (1) من كون التلف بعد القبض أن الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فاذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركا.

فهو (2) نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري فلاشتراك كان قبل القبض.

ففيه (3) أن الإشكال بحاله، إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله:

بعتك صاعا من هذه الصبرة،

+++++

- فلما إذا يفرق بينهما في الضمان، وعدمه؟

(1) اي وإن كان المراد من التلف بعد القبض في مسألة الأبطال مقصود الشيخ قدس سره أن المراد من القبض إن كان قبض البائع حقه بعد العقد وقبل التسليم:

بمعنى أن الأبطال التي يستحقها البائع كانت في يده في ضمن مجموع المبيع، و تحت تصرفه بعد العقد، و باقباض البائع الجميع إلى المشتري قد حصل الاشتراك، و بتسلمه قد سلم مالا مشتركا بينهما.

فالتلف يكون بعد القبض، لأن المفروض أن المشتري قد قبض المستثنى و المستثنى منه جميعا من البائع.

(2) أي ما نحن فيه يكون نظير بيع صاع من صبرة لو دفع البائع مجموع الصبرة: من المبيع، و من مال نفسه إلى المشتري فيكون التلف على المشتري في هذه الصورة.

لكنه لم يدفعه إليه فلو تلف يكون التلف على البائع، لأن المفروض أن الصبرة بيده و لم يقبضها للمشتري.

(3) أي ففيما افاده صاحب الكرامة نظر و إشكال، لأن -

ص: 315

و بين قوله: بعتك هذه الصبرة، أو هذه الثمرة إلا صاعا منها.

و ما الموجب (1) للاشتراك في الثاني، دون الاول؟

مع كون (2) مقتضى الكلي عدم تعيين فرد منه، أو جزء منه لمالكه، إلا بعد إقباض مالك الكل الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء فإن كون الكل بيد البائع المالك الكلي لا يوجب الاشتراك.

هذا (3)،

+++++

- كلامنا ليس في التلف قبل القبض، أو بعده.

بل الكلام في أنه ما السبب في الصاع الوارد في قول البائع:

بعتك صاعا من هذه الصبرة، و بين قولك:

بعتك صاعا من هذه الصبرة، أو هذه الثمرة إلا صاعا منها؟

حيث يحمل الصاع في الاول الذي هو حق المشتري على الكلي.

و يحمل الصاع الذي هو حق البائع على الاشاعة؟

(1) أي و ما الموجب للاشتراك البائع و المشتري في الإضرار في الثاني دون الاول؟

(2) هذا إشكال آخر على ما افاده صاحب مفتاح الكرامة في الفرق المذكور بين المسألتين.

و خلاصة الإشكال أن مجرد كون المجموع: و هو المستثنى و المستثنى منه في يد البائع و تحت تصرفه لا يقتضي اشتراك البائع المالك للمستثنى مع المشتري.

بل لا بد من بعد وصول المال بيد المشتري أن يدفع المشتري إلى البائع حقه حتى يتعين و يتشخص في فرد من الكل، أو في جزئه.

(3) أي خذ ما اوردها على صاحب مفتاح الكرامة في هذا المقام:

من أن مجرد كون المجموع تحت تصرفه لا يقتضي الاشتراك.

مع (1) أنه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك، وعدم جواز تصرف المشتري إلا باذن البائع كما يشعر به (2) فتوى جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني بأنه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

ويمكن (3) أن يقال: إن بناء المشهور في مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة قبل التلف، واختصاص (4)

+++++

(1) أى بالإضافة إلى الإشكال المذكور لنا إشكال آخر على ما افاده من اشتراك البائع مع المشتري وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده.

(2) أى بعدم الاشتراك بينهما.

وجه الإشعار أنه لو كان مجرد وجود المستثنى منه والمستثنى تحت يد البائع وتصرفه موجبا للاشتراك فلا وجه لوجوب أداء حق البائع من خصوص الباقي، بل المشتري مخير بين الأداء من الباقي ومن غيره كما هو مقتضى الضمان في سائر موارد.

(3) خلاصة هذا الكلام أنه يمكن القول بعدم الإشاعة في الأبطال المستثناة قبل التلف، وبالإشاعة والاشتراك بعد التلف.

والدليل على ذلك فتوى جماعة من الفقهاء بأن المشتري لو فرط في تلف البعض من الثمرة وبقي قسم منها يكون الباقي حصة البائع لا غير، وليس للمشتري فيه نصيب.

فمن هذه الفتوى نستكشف عدم الإشاعة في التالف قبل القبض والإشاعة في التالف بعد القبض: بأن يحسب التالف عليهما، لكن المشتري ضامن لحصة البائع التالفة.

(4) بالنصب عطف على اسم إن في قوله في هذه الصفحة: إن بناء المشهور، أى ويمكن أن يقال: إن اختصاص الاشتراك بالتالف.

ص: 317

الاشترار بالتالف، دون الوجود كما ينبئ عنه (1) فتوى جماعة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كانت حصاة البائع في الباقي.

و يؤيده (2) استمرار السيرة في صورة استثناء الأبطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف، وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء.

فالمسألان (3) مشتركان في التنزيل على الكلبي، و لا (4) فرق بينها إلا في بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما و لا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق (5)، إلا (6) دعوى أن المتبادر من الكلبي المستثنى هو الكلبي الشائع فيما يسلم للمشتري

+++++

(1) أى عن عدم الاشاعة قبل التلف، و بالاشاعة بعده.

(2) أى و يؤيد القول بعدم الاشاعة قبل التلف، و بالاشاعة بعده

(3) وهما: مسألة بيع صاع من صبرة، و بيع ثمرة من شجرات استثنى البائع أبطال معينة من ثمرة تلك الشجرات المبيعة، حيث إن الكلبي مبهم يحمل على الكلبي المعين.

(4) أى و ليس فرق بين المسألتين من حيث حمل الكلبي فيهما على الكلبي المعين إلا في ترتب الاثر في الأبطال المستثناة، حيث عرفت أنها بعد التلف يحمل الكلبي فيها على الاشاعة، و أن التالف يحسب على البائع و المشتري و إن كان المشتري ضامنا للبائع لما تلف منه.

(5) و هو الفرق بين مسألة بيع صاع من صبرة مجتمعة.

و بين مسألة بيع ثمرة شجرات، و استثناء أبطال معينة منها حيث يحمل الكلبي في الأولى على المتعين، و في الثانية على الاشاعة.

(6) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من امكان حمل الكلبي في مسألة الأبطال المستثناة على عدم الاشاعة، و يقصد حمله على الاشاعة. -

..... - و خلاصة العدول أن المتبادر عرفا من الكلي عند اطلاقه هو الكلي المشاع و التبادر علامة الحقيقة فيحمل الكلي في جميع مجالاته العرفية على الاشاعة، فالتالف يحسب على البائع و المشتري.

فحينئذ لو تلف من المجموع مقدار و بقي منه مقدار.

فإن كان المجموع عشرة كيلوات مثلا و التالف تسعة كيلوات و كانت حصة البائع المستثناة كيلوا واحدا، و حصة المشتري تسعة كيلوات و الباقي بعد التلف كيلوغرام واحد.

فالباقي هنا يوزع على البائع و المشتري بنسبة حصتهما.

فحصة البائع من المجموع العشر أى كيلوغرام واحد من عشرة كيلوات فيكون الباقي من الكيلو الواحد من حصته بنسبتها هو العشر فيعطى له.

و حصة المشتري من المجموع تسعة كيلوات فيكون الباقي من الكيلو الواحد من حصته بنسبة التالف و هي تسعة كيلوات تسعة أعشار فتعطى له فيكون مجموع التالف من حصته ثمانية كيلوات و عشر الكيلو.

أليك الشرح.

المجموع 10 كيلوات.

حصة البائع 1 كيلوغرام واحد.

حصة المشتري 9 كيلوات.

التالف 9 كيلوات.

الباقي 1 كيلوغرام واحد.

ص: 319

لا مطلق الموجود وقت البيع.

وإن كان (1) بناؤهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون

+++++

- نسبة حصة البائع 101 كيلو من عشرة كيلوات.

و نسبة حصة المشتري 109 كيلوات من عشرة كيلوات.

التالف من حصة البائع 1-109101 كيلوات من عشرة كيلوات.

و التالف من حصة المشتري 9-1091081101 و 8 كيلوات.

حصة البائع من الكيلو الواحد الباقي 1-101109 كيلو من الكيلو الواحد.

حصة المشتري من الكيلو الواحد الباقي 9-109108109 كيلو من الكيلو الواحد.

(لا يقال): إن حصة البائع وقت البيع حينما استثناها كانت كيلوا واحدا فلما ذا يعطى له عشر من الكيلو؟

(فإنه يقال): إن المعيار في الكلبي المشاع هو الباقي من المجموع عند المشتري، لا وقت البيع.

و من المعلوم أن الباقي و السالم من المجموع بعد التلف هو كيلو واحد.

إذا فلا عبرة بكون حصة البائع كانت وقت البيع كيلوا واحدا فيعطى للبائع بنسبة حصته.

(1) مقصود الشيخ قدس سره من هذه العبارة أنه من الممكن أن يكون الوجه في احتساب التالف على البائع و المشتري في مسألة الأبطال

المستثناة هو أن المستثنى و المستثنى منه كلاهما كليان: -

ص: 320

الوجه في ذلك أن المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي.

كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كليا:

بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع.

فمعنى (1) بعتك هذه الصبرة إلا- صاعا منها بعتك الكلي الخارج الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلي كنفس الصاع، فكل منهما مالك لعنوان كلي فالموجود مشترك بينهما، لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج، سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح.

و كذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما.

+++++

- بمعنى أن البائع حينما استثنى كيلوا واحدا فقد ملك كليا من مجموع الثمرة.

و كذلك المشتري عند ما انتقل إليه المستثنى منه فقد ملك كليا فكل منهما مالك لعنوان كلي.

إذا يكون التالف مشتركا بينهما، و الموجود مشتركا بينهما كل بنسبة حصته، لأن نسبة كل جزء من التالف و الموجود إلى كل منهما على حد سواء، من غير فرق بينهما، لأن تخصيصه باحدهما موجب للترجيح بلا مرجح.

فالتالف يحسب عليهما، و الموجود يقسم عليهما كل بحسب حصته كما عرفت آنفا.

(1) الفاء تقرير على ما افاده: من إمكان كون الكلي في مسألة الاستثناء كليا مشاعا في كلا الطرفين و هما: المستثنى و المستثنى منه.

و هذا (1) بخلاف ما إذا كان المبيع كليا، فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلي في قولنا: بعثك صاعا من هذه الصبرة، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع.

(فإن قلت (2): إن مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشخصا في الخارج فيكون كليا كنفس الصاع.

(قلت) (3): نعم و لكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلي

+++++

(1) مقصود الشيخ قدس سره أن مسألة بيع صاع من الصبرة خلاف مسألة بيع ثمرة شجرات، حيث إن المبيع في مسألة الصاع الذي هو حق المشتري يكون كليا لا غير.

و أما بقية الصبرة التي هي حق البائع فليست ملكيتها للبائع بعنوان كلي بحيث لوحظ ذلك العنوان بما هو كلي في قوله: بعثك هذه الصبرة إلا صاعا منها، لأن المبيع لم يقع في هذا الكلام موضوعا للحكم حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصبرة المبيعة للمشتري، حيث كانت كليا.

(2) خلاصة إن قلت أن ما بقي من الصبرة التي هو مال البائع بعد بيع الصاع كلي و ليس جزئيا حقيقيا كما كان قبل البيع جزئيا حقيقيا فعليه يكون ما بقي من الصبرة مع الصاع المبيع على حد سواء في الكلية فيكون مشتركا بينهما، و التالف يحسب عليهما.

إذا تكون النتيجة أن الكلي هنا مشاع كما كان في مسألة الأبطال المستثناة، حيث إن المستثنى منه و المستثنى كلاهما كليان.

(3) خلاصة قلت: أن الامر كما قلت أي مال البائع بعد بيع صاع من الصبرة صار كليا و ليس بجزئي حقيقي.

لكن نقول: إن ملكية البائع لما بقي من الصبرة لم تكن حادثة من جديد، و لم توجد بسبب جديد حتى تصير معنونة بعنوان حتى تقول -

حتى يبقى ما بقي ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقا لهذا العنوان، و عنوان الصاع على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فاذا لم يبق إلا صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل (1).

هذا ما خطر عاجلا بالبال، وقد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ إليه ذهني القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر. عفى الله عن الزلل في المعائر.

أقسام بيع الصبرة

قال في الروضة تبعا للمحكي عن حواشي الشهيد:

إن أقسام بيع الصبرة عشرة، لأنها إما أن تكون معلومة المقدار

+++++

- إن عنوان ملكيته صار كلياً فلا وجه لتقديم تطبيق عنوان ملكية المشتري على ما بقي بعد التلف، ليكون الكلي مشاعاً فيما يبقى للمشتري

بل عنوان ملكية المشتري، و عنوان ملكية البائع منطبقان على الموجود بعد التلف فيقسم بينهما.

و أما عنوان الكلي فمنطبق على الصاع المشتري، و على الصاع الموجود فيأخذه، و ليس للبائع فيه شيء أصلاً، لأنك عرفت أن ملكية البائع لا تكون معنونة بعنوان حتى يقال: إن عنوان ملكيته صار كلياً.

(1) لعل الأمر بالتأمل كما افاده المحقق المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 471 اشارة إلى أن العنوان الجاري في اللفظ ليس معتبراً إلا لاجل أنه سبب للواقع، و مع كون المبيع كلياً يكون ملك البائع أيضاً كلياً كما افاد هذا المعنى الشيخ قدس سره بقوله في ص 322: قلت: نعم فيكون عنوان ملك البائع الثابت واقعا يزاحم ملك المشتري.

ص: 323

أو مجهولة.

فإن كانت معلومة صح بيعها اجمع (1).

+++++

(1) لا يخفى عليك أن شيخنا الشهيد الثاني ذكر هذه الأقسام عند ما افاد الشهيد الاول في بيع الصبرة بقوله:

(و لو باع قفيزا من صبرة صح وإن لم يعلم كمية الصبرة)، ولما كانت الأقسام العشرة غير مشروحة شرحا وافيا مع تطلب المقام ذلك.

بالإضافة إلى عدم تصريح بذكر تمام الأقسام الخمسة الجائزة للبيع و تمام الأقسام الخمسة غير جائزة للبيع.

ونحن عند ما اقدمنا على طبع (اللمعة الدمشقية) مع شرحها (الروضة البهية)، و التعليق عليهما لم نذكر تلك الأقسام بكاملها و لم نشرحها شرحا مناسباً و مقامها:

فأرأينا هنا عند ما افاد شيخنا الانصاري ذكر الأقسام عن الشهيد الثاني بيان تلك الأقسام بتمامها، وإسهاب الكلام فيها حسب اقتضاء المقام ذلك، ليكون القارئ النبيل محيطا بشتى جوانب الأقسام، و ما يترتب عليها.

ثم إن الشهيد الثاني قسم الصبرة قسمين: معلومة - و مجهولة و جعل لكل واحد منهما خمسة أقسام، ورتب صحة البيع على المعلومة و عدم الصحة على المجهولة كما ستعرفها عند ما نذكر عبارته.

أليك نص عبارته:

قال قدس سره:

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة.

ذكر المصنف بعضها منطوقاً، و بعضها مفهوماً.

ص: 324

- و جملتها (1) أنها (2) إما أن تكون معلومة المقدار، أو مجهولة من هنا اخذ الشهيد الثاني في عدّ تلك الأقسام.
و حاصل ما افاده في هذا المقام: أن الصبرة الموجودة المعروضة للبيع إما أن يكون مقدارها معلوما، أو مجهولا.
ثم قال طيب الله رمسه:

فإن كانت (3) معلومة صح بيعها اجمع.

و بيع (4) جزء منها معلوم مشاع.

و بيع (5) مقدار كقفيز تشتمل عليه.

+++++

(1) اي و مجموع تلك الأقسام العشرة.

(2) اي الصبرة المعروضة للبيع.

(3) اي الصبرة المعروضة للبيع إن كان مقدارها معلوما صح بيع تمامها بكاملها، لمعلومية المبيع.

من هنا اخذ الشهيد الثاني في عد الأقسام الخمسة الجائزة للبيع.

فهذا اول قسم من الأقسام الخمسة الجائزة للبيع.

(4) بالرفع عطفًا على فاعل صح اي و صح بيع جزء معين من تلك الصبرة المعلومة المقدار على نحو الاشاعة كبيع ثلث منها: أو ربع أو خمس، أو سدس، أو سبع، أو ثمن، أو تسع، أو عشر.

فهذا هو القسم الثاني من الأقسام الخمسة الجائزة للبيع.

(5) بالرفع عطفًا على فاعل صح اي و صح بيع مقدار من الصبرة المعلومة المقدار كبيع قفيز منها تشتمل تلك الصبرة على ذلك القفيز.

هذا هو القسم الثالث من الأقسام الخمسة التي يجوز بيعها.

و الفرق بين هذا القسم، و القسم الثاني هو أن المبيع في القسم الثاني جزء معين على نحو الاشاعة، و في القسم الثالث مقدار معين على نحو التعيين.

ويعها (1) كل قفيز بكذا.

لا بيع (2) كل قفيز منها بكذا.

+++++

(1) بالرفع عطفًا على فاعل صح اي و صح بيع الصبرة المعلومة المقدار بتمامها قفيز منها بدرهم مثلاً.

هذا هو القسم الرابع من الأقسام الخمسة التي يجوز بيعها.

و الفرق بين هذا القسم و القسم الاول المشار إليه في الهامش 3 ص 325 هو أن المبيع هناك هو مجموع الصبرة المعلومة بكاملها من دون أن يقال كل قفيز منها بكذا.

و هنا و إن كان المبيع مجموع الصبرة أيضاً، لكن المبيع في الواقع هو كل قفيز من تلك الصبرة، لا الصبرة بشخصها، فالباع قد تعلق بالقفيز، لا بالصبرة.

(2) اي و لا يصح بيع كل قفيز من تلك الصبرة المعلومة المقدار بدرهم مثلاً، للجهل بمقدار المبيع من الصبرة، حيث لا يدري مقدار القفيز المبيع و إن كانت الصبرة معلومة المقدار، لأنه لا يعلم كون المبيع هو تمام الصبرة المعلومة المقدار، أو بعضها.

و على فرض كون المبيع هو البعض من الصبرة المعلومة المقدار لا يعلم أيضاً أن المبيع منها هو قفيز واحد أو أكثر.

فعدد القفيز في هذه المعاملة مجهول، فيكون البيع باطلاً.

فالمبيع هنا في الجهالة يشبه القبول الصادر من المشتري في جواب قول البائع:

بعتك نقداً بدينار، و مؤجلاً بدينارين، حيث لا يعلم تعلق -

ص: 326

والمجهولة (1) يطل بيعها في جميع الأقسام الخمسة.

+++++

(1) من هنا اخذ شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في ذكر بقية الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها وهي أربعة، إذ ذكر واحدا من الأقسام الخمسة في الصبرة المعلومة المقدار وذكرناه في الهامش 2 ص 326 حيث كان المبيع مجهولا وإن كانت الصبرة معلومة المقدار و شيخنا الشهيد الثاني طيب الله رمسه لم يصرح بذكر بقية الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها إلا بنحو الإشارة، لأنه أحال استخراج بقية الأقسام الباطلة على الأقسام الصحيحة.

و حيث كان تشخيص تلك البقية من الصبرة المعلومة صعبا جدا على الطالب الكريم التجأنا إلى التصريح بها واحدا بعد واحد.

أليك الأقسام الاربعة الباقية من الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها

(الاول): عدم جواز بيع جميع الصبرة المجهولة المقدار.

(الثاني): عدم جواز بيع جزء مشاع من الصبرة المجهولة المقدار كبيع ثلث، أو نصف، أو ربع، أو ثمن، أو خمس، أو سدس، أو سبع، أو ثمن، أو تسع، أو عشر.

(الثالث): عدم جواز بيع الصبرة المجهولة المقدار كل قفيز منها بدرهم مثلا.

(الرابع): عدم جواز كل قفيز من الصبرة المجهولة المقدار - - القبول بأي المبيعين: النقدي - أو المؤجل.

فكما أن المبيع هنا باطل.

كذلك فيما نحن فيه باطل أيضا.

فهذا القسم أول قسم من الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها.

ص: 327

+++++

- بدرهم مثلا، حيث لا يدري مقدار المبيع، لعدم العلم بمقدار الصبرة

ثم إن الفرق بين القسم الرابع و الثالث: أن المبيع في القسم الثالث هي الصبرة المجهولة كل قفيز منها بدرهم.

و من القسم الرابع هو القفيز المجهول من الصبرة المجهولة.

كما أن الفرق بين القسم الرابع من الأقسام التي لا يجوز بيعها.

وبين القسم الاول من الأقسام الخمسة التي لا- يجوز بيعها المشار إليها في الهامش 1 ص 327: هو أن المبيع في القسم الاول القفيز المجهول من الصبرة المعلومة كما علمت.

وفي القسم الرابع المبيع هو القفيز المجهول من الصبرة المجهولة المقدار أيضا كما عرفت.

و أما وجه عدم الجواز في الأقسام الخمسة المذكورة فمجهولية المبيع: سواء تعلق البيع بالقفيز أم بالصبرة فالمبيع مجهول لا محالة.

(1) استثناء من الصبرة المجهولة المقدار اي إلا القسم الثالث فإنه يجوز بيعه وإن كانت الصبرة مجهولة، لكون المبيع هو المقدار المعين من الصبرة، لا الصبرة المجهولة حتى يكون البيع باطلا.

فعليه يكون المراد من الثالث هو المقدار المعين من الصبرة المجهولة المقدار.

فهذا هو القسم الخامس من الأقسام الخمسة التي يجوز بيعها.

و أما وجه الصحة فيه مع أن الصبرة مجهولة المقدار فمعلومية المبيع حيث إن المبيع هو المقدار المعين من الصبرة المجهولة المقدار:

و هو القفيز من الصبرة.

- و هل ينزل القدر المعلوم في الصورتين (1) على الإشاعة؟

أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة (2).

وجهان؛

أجودهما الثاني (3).

و تظهر الفائدة (4) فيما لو تلف بعضها.

فعلى (5) الاشاعة بتلف من المبيع بالنسبة.

وعلى الثاني (6)

+++++

(1) وهما: صورة العلم بمقدار الصبرة، و صورة الجهل بمقدارها.

(2) اي المبيع هو المقدار الداخل في الصبرة في الجملة.

(3) و هو أن المبيع هو المقدار الداخل في الصبرة في الجملة.

(4) اي فائدة القول بتزليل القدر المعلوم على الاشاعة، أو أن المبيع هو المقدار الداخل في الصبرة في الجملة.

(5) الفاء تفرع على ما افاده بقوله: و تظهر الفائدة اي ففي ضوء ما ذكرنا فعلى القول بالاشاعة تظهر فائدته فيما لو تلف من الصبرة شيء فيتلف من المبيع بنسبة ما تلف من الصبرة، فإن كان التالف ربعا فيتلف من حصة المشتري ربع، وإن كان التالف نصفا فيتلف من حصة المشتري نصف، وإن كان ثلثا فثلث.

وإن كان خمسا فخمس، و هكذا.

(6) اي وعلى القول الثاني: و هو أن المبيع هو المقدار الداخل في جملة الصبرة.

خلاصة هذا الكلام أنه على هذا القول فلو تلف من الصبرة شيء فالتالف يكون من المبيع الذي هو حصة البائع، لا من حصة المشتري. -

يبقى المبيع ما بقي قدره (1)

+++++

- فحينئذ لو بقي شيء من الصبرة وكان الباقي بمقدار حصة المشتري التي اشترت من البائع يدفع له.

وإن كان الباقي أكثر من حصة المشتري فالزائد من الحصة للبائع يعطى له.

(1) راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 268، و التعاليق التي علقناها هناك، وإن كان ما علقناه هنا أكثر مما علق هناك.

فتحصل من مجموع ما ذكر أن أقسام بيع الصبرة عشرة.

خمسة منها يصح بيعها كما عرفت.

و خمسة لا يصح و الخمسة التي يصح بيعها:

أربعة منها الصبرة فيها معلومة المقدار، و واحد منها الصبرة فيه مجهولة المقدار، لكن المبيع منها معلوم المقدار.

أليك الأقسام الخمسة التي يجوز بيعها بالترتيب و التسلسل.

(الأول): جواز بيع تمام الصبرة المعلوم مقدارها.

(الثاني): جواز بيع جزء معين من الصبرة المعلوم على نحو الاشاعة

(الثالث): جواز بيع مقدار معين من الصبرة المعلوم على نحو التعيين كبيع خمسين كيلوغرام منها تكون الصبرة مشتملة على المبيع

(الرابع): بيع الصبرة المعلوم مقدارها كل كيلوغرام منها بدرهم،

(الخامس): بيع مقدار معين من الصبرة المجهولة من حيث المقدار كبيع مائة كيلوغرام منها بحيث تكون الصبرة مشتملة على المبيع.

و الفرق بين القسم الخامس، و الأقسام الأربعة المذكورة الأول -

ص: 330

وبيع (1) جزء منها معلوم مشاع.

وبيع (2) مقدار كقفيز (3) تشتمل عليه.

+++++

(1) اشير إليها في الهامش 1 ص 330.

(2) اشير إليها في الهامش 1 ص 330.

(3) مفرد: جمعه أفقرة - قفزان.

- أن الأربعة الأول الصبرة فيها معلومة المقدار.

بخلاف القسم الخامس، فإن الصبرة فيه مجهولة المقدار.

لكن المبيع منها معلوم المقدار كما عرفت.

أليك الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها بالترتيب و التسلسل.

(الاول): عدم جواز بيع تمام الصبرة المجهولة من حيث المقدار

(الثاني): عدم جواز بيع جزء من الصبرة المجهولة من حيث المقدار على نحو الاشاعة كبيع ثلث، أو ربع، أو خمس، أو سدس منها مثلاً.

(الثالث): عدم جواز بيع الصبرة المجهولة من حيث المقدار كل كيلوغرام منها بدرهم مثلاً.

(الرابع): عدم جواز بيع كل قفيز من الصبرة المجهولة المقدار بدرهم مثلاً، حيث لا يدري مقدار القفيز المبيع لعدم العلم بمقدار الصبرة، لكونها مجهولة المقدار.

(الخامس): عدم جواز بيع كل قفيز من الصبرة المعلومة المقدار، حيث لا يدري مقدار القفيز المبيع وإن كانت الصبرة معلومة المقدار.

فالمبيع قد تعلق بنفس القفيز الذي هو مجهول العدد، لا بالصبرة التي هي معلومة المقدار حتى يكون البيع صحيحاً.

وبيعها (1) كل قفيز بكذا، لا بيع (2) كل قفيز منها بكذا.

والمجهولة كلها باطلة (3) إلا الثالث (4): وهو بيع مقدار معلوم تشتمل الصبرة عليه (5).

و لو لم يعلم باشمالها (6) عليه فظاهر القواعد و المحكي عن حواشي الشهيد، وغيرها عدم الصحة، و استحسنة (7) في الروضة.

+++++

- وهو مكيال مخصوص بمقداره تسعون رطلا بغداديا.

و أما بوزن العصر الجديد فمقداره بالكيلوغرام 27 كيلوا و 817 غراما إلا بضعة سنتيمات.

و أما بوزن المئقال فمقداره 8100 مئقال.

و أما بوزن الدرهم فمقداره 11447 درهما.

قال هذه المقادير للقفيز احمد رضا في كتابه (معجم متن اللغة) في مادة ق ف ز.

(1) اشير إليها في الهامش 1 ص 326.

(2) اشير إليها في الهامش 2 ص 326.

(3) اشير إليها في الهامش 1 ص 327.

(4) اشير إليها في الهامش 1 ص 328.

(5) اي على المقدار المعلوم المبيع.

(6) اي باشمال الصبرة على المقدار المعلوم المبيع.

(7) اي عدم صحة مثل هذا البيع استحسنة الشهيد الثاني في الروضة التي هي شرح (اللمعة الدمشقية).

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 267 عند قول الشهيد الثاني: و اعتبر بعضهم العلم باشمالها على المبيع، أو إخبار البائع به، و إلا لم يصح، و هو حسن.

ص: 332

ثم قال (1): نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشتمالها عليه كان متجها.

والمحكي عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة.

قال (2) فيها: فإن نقصت تخير بين اخذ الموجود منها بحصة من الثمن، وبين الفسخ، لتبعض الصفقة.

وربما يحكي عن المبسوط و الخلاف خلافه (3).

و لا يخلو (4)

+++++

(1) اي الشهيد الثاني راجع (المصدر نفسه).

(2) اي الشهيد الاول قال في (اللمعة دمشقية) بصحة مثل هذا البيع.

و خلاصة ما افاده هناك أن الصبرة التي بيع منها قفيز لو نقصت عن مقدار المبيع يكون المشتري حينئذ مخيرا بين اخذ الموجود من الصبرة بمقدار من الثمن المقابل لهذه الصبرة الموجودة: بأن تلحظ النسبة الموجودة إلى المبيع الاصيلي فإن كان الموجود نصفه اخذه بنصف الثمن، وإن كان ربعه فربعه، وإن كان خمسه فخمسه، وهكذا.

و بين الفسخ، لتبعض الصفقة.

راجع (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 267 و لا يخفى أن شيخنا الانصاري قد ادرج عبارة الشهيد الثاني مع عبارة الشهيد الاول.

فعليك بمراجعة المصدر حتى تميز بين العبارتين.

(3) اي خلاف القول بالصحة: وهو القول ببطلان البيع المذكور.

(4) هذه نظرية شيخنا الانصاري حول البيع المذكور اي البطلان كما ذهب إليه الشيخ لا يخلو عن قوة.

ص: 333

من قوة، وإن كان في تعيينه (1) نظر، لا (2) لتدارك الضرر بالخيار لما (3) عرفت غير مرة: من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد بل (4) لمنع الغرر.

(وإن قيل): عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

+++++

(1) اي في تعيين القول بالبطلان، وأن البطلان مسلم نظر.

يروم شيخنا الانصاري بقوله هذا تأييد من ذهب إلى صحة البيع المذكور لو ظهرت الصبرة ناقصة عن مقدار القفيز.

(2) اي وليس القول بالصحة لاجل تدارك الضرر بالخيار المذكور.

(3) تعليل لكون القول بالصحة ليس لاجل تدارك الضرر بالخيار حيث إن المشتري مخير بين الاخذ بالموجود، واسترجاع مقدار من الثمن الذي وقع ازاء النقصان، وبين الفسخ.

و خلاصة التعليل أنك عرفت مرارا أن الغرر انما يلاحظ ويتصور في البيع بما أنه غرر و ضرر، لا بما أنه ملحوظ مع الخيار الذي هو من أحكام العقد و طواريه و آثاره.

بعبارة اخرى أن الغرر يلاحظ بنحو الاستقلال الذي هو المعنى الاسمي، لا بنحو الآلية التي هو المعنى الحرفي و هو لحاظه مع الخيار حتى يقال: إن الغرر في البيع المذكور مرتفع بالخيار.

بل الغرر حاصل عند اجراء العقد فلا يرتفع بالخيار المذكور.

(4) هذا دليل لصحة البيع المذكور اي القول بالصحة لاجل منع الغرر رأسا و اساسا، لأن المشتري يسترجع ثمنه كله فلا نزاع بين البائع و المشتري فلا يحصل الغرر.

ص: 334

(قلت): نعم إذا بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود (1)

وأما إذا بني على توزيع الثمن على مجموع المبيع (2) غير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا.

وربما تحتمل الصحة (3) مراعا بتبيّن اشتمالها عليه.

وفيه (4) أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفذ تبيّن الاشتمال.

هذا (5)، و لكن (6) الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة، إلا مع العلم بالاشتمال (7)، أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب (8) الاشتمال.

+++++

(1) و من الواضح أن الموجود غير معلوم المقدار، فالبيع باطل للجهل بمقدار الصبرة المبيع منها قفيز فيحصل الغرر المنفي.

(2) سواء أكانت الصبرة المبيع منها قفيز مشتملة على مقدار القفيز أم ناقصة، لكن يكون تدارك نقصان القفيز من الخارج فلا مجال للغرر.

(3) اي صحة بيع قفيز من الصبرة المجهولة متوقف على اشتمال الصبرة على مقدار القفيز المبيع، فإن كانت مشتملة صح البيع وإلا بطل.

(4) اي وفي احتمال الصحة مراعا بتبين اشتمال الصبرة على القفيز نظر وإشكال.

(5) اي خذ ما تلوناه عليك حول بيع قفيز من الصبرة المجهولة.

(6) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من الصحة حول بيع قفيز من الصبرة المجهولة.

(7) اي باشتمال الصبرة المجهولة على مقدار القفيز المبيع.

(8) بأن كانت الصبرة قبل بيع قفيز منها مشتملة على مقدار -

و أما الرابع (1) مع الجهالة: و هو بيعها كل قفيز بكذا فالمحكي عن جماعة المنع.

و عن ظاهر اطلاق المحكي من عبارتي المبسوط (1) و الخلاف (2) أنه لو قال:

بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع.

قال في الخلاف: لأنه لا مانع منه و الاصل جوازه، و ظاهر (2) اطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال.

و عن الكفاية نفي البعد (3) عنه، إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما يمكن أن يعرف: بأن تكال الصبرة، و يوزع الثمن على قفزاتها.

قال (4): و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة.

+++++

- القفيز المبيع، لكن وقت البيع شك في بقائها على ذلك المقدار فنستصحب بقاء الاشتمال.

(1) اي من أقسام مجهولة المقدار.

(2) اي و ظاهر اطلاق عبارة الشيخ قدس سره في الخلاف:

و هو قوله: و الاصل جوازه عام يشمل صورة العلم باشتمال الصبرة و صورة الجهل بالاشتمال.

(3) اي بعد صحة قول القائل: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم.

(4) اي صاحب الكفاية قال في الكفاية لمثل هذا البيع نظائر كثيرة ذكرها العلامة قدس سره في التذكرة.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 46.

أليك نص ما افاده العلامة في التذكرة.

ص: 336

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

وفيه (1) نظر.

+++++

فروع:

(الاول) لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم.

فإن علما قدر القفزان صح البيع، وإلا بطل، للجهالة.

وقال مالك و الشافعي و احمد و ابو يوسف و محمد:

يصح، لأنه معلوم بالمشاهدة، و الثمن معلوم، لاشارته إلى ما يعرف مثله بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين: و هو أن تكال الصبرة، و يقسط الثمن على قدر قفزاتها فيعلم مبلغه.

و نحن نمنع العلم، و قد سبق.

وقال ابو حنيفة: يصح البيع في قفيز واحد، و يبطل فيما سواه للجهالة الثمن كما لو باع المتاع برقمه.

و لو قال: بعتك هذه الارض، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم أو هذه الأغنام كل راس بدرهم لم يصح عندنا.

و به قال ابو حنيفة أيضا، و إن سوغ البيع في قفيز واحد من الصبرة.

وقال الشافعي: يصح، سواء أ كانت الجملة معلومة أم مجهولة إلى آخر ما ذكره العلامة هناك من ص 46 - إلى ص 50.

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري اي و فيما افاده صاحب الكفاية:

من نفي البعد عن صحة بيع القائل: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم نظر و إشكال.

وجه النظر: منع كفاية مجرد المشاهدة فيما لا يندفع به الغرر إلا بالوزن، أو الكيل، أو العد.

ص: 337

إشارة

(مسألة):

إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها (1).

فإن اقتضت العادة تغييرها (2) عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة.

وإن اقتضت العادة بقاءها (3) عليها فلا إشكال في الصحة، ولا خلاف فيها أيضاً إلا من بعض الشافعية.

وإن احتمل الامران (4) جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير

+++++

(1) أي على العين.

اعلم أن العين المشاهدة قبل العقد عليها إذا أريد العقد عليها في غير زمان المشاهدة واحتمل التغيير لا بد من ذكر أوصافها الخاصة عند العقد لأن قوام ماليتها بذكر تلك الأوصاف بحيث لو شك في حصول تلك الأوصاف في العين عدّ البيع غرورياً فلا يصح الإقدام على هذا البيع لبطلانه في نظر الشارع فلا يترتب عليه الاثر الذي هو النقل والانتقال.

(2) أي تغيير العين المبيعة التي رؤيت قبل العقد عليها.

كما إذا كان المبيع حيواناً، فإنه قابل للزيادة والنقصان.

(3) أي بقاء العين على تلك الصفات المشاهدة قبل البيع.

(4) وهما: اقتضاء العادة تغيير العين المشاهدة عن أوصافها.

واقترضاء العادة بقاء العين على أوصافها المشاهدة.

كما إذا كان المبيع خاتماً، أو سجداً، أو حديداً، أو ما شابه هذه المذكورات.

و البناء عليها (1) في العقد فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن لأن الاصل من الطّرق التي يتعارف التعويل عليها.

و لو فرضناه (2) في مقام لا يمكن التعويل عليه، لحصول أمانة (3) على خلافه.

فإن بلغت (4) قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الاول: و هو ما اقتضت العادة تغييره لم يجز البيع، و إلا (5) جاز ذكر تلك الصفات، لا بدونه

(6) لأنه (7) لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها.

+++++

(1) اي على أصالة عدم التغيير.

و المراد من الأصالة هنا الاستصحاب، حيث إن المشتري في مقام الشراء بعد الرؤية السابقة على العقد يشك في بقاء العين على ما كانت عليه في الزمن السابق فيستصحب البقاء.

(2) اي هذا الاصل الذي اجريناه في عدم التغيير.

(3) كقيام بينة عادلة على تغيير المبيع.

(4) اي الأمانة القائمة على خلاف أصالة عدم التغيير.

(5) اي و إن لم تبلغ الأمانة القائمة على خلاف أصالة التغيير في القوة إلى حد يلحق بالقسم الاول المشار إليه في هذه الصفحة.

(6) اي لا بدون ذكر الصفات في صورة عدم بلوغ الأمانة إلى حد يلحق بالقسم الاول المشار إليه في هذه الصفحة.

بقوله: و هو ما اقتضت العادة تغييره.

(7) تعليل لجواز بيع العين المشاهدة قبل العقد عليها بعد أن اجريت أصالة عدم التغيير عند ما قامت الأمانة على خلافها.

لكن الأمانة لم تبلغ قوة الظن فيها إلى حد يلحقه بالقسم الاول -

بل يمكن القول بالصحة في القسم الاول (1)، إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا.

لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة (2). (1)

وكيف كان (3) فاذا باع، أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخيير المغبون: (2) وهو البائع إن تغير إلى صفات زادت في ماليته (4)

والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات (5)، لقاعدة الضرر

و لأن الصفات المبني عليها في حكم الصفات المشروطة فهي من قبيل تخلف الشرط كما اشار إليه في نهاية الأحكام والمسالك (3) بقولهما:

الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم أن الشروط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها فما نحن فيه (6) من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد.

+++++

- الذي اقتضت العادة تغير العين.

(1) وهو بلوغ قوة الظن في الأمانة القائمة على خلاف أصالة عدم التغير إلى حد يلحقه بالقسم الاول المشار إليه في ص 339.

(2) لأن عدم التغير والتغير يستفادان من الاستصحاب، والأمانة لا من الرؤية السابقة.

(3) اي سواء أكان بقاء الصفات السابقة بالرؤية أم بالاستصحاب أم بالأمانة.

(4) كالسمن في الحيوان.

(5) كالهزال في الحيوان.

(6) وهو بيع العين المشاهدة في زمان سابق على العقد.

ص: 340

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

3- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

مدفوع (1) بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد.

والصفات المرئية سابقا، حيث إن البيع لا يصح إلا مبنيا عليها دخولها في العقد: كان أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، ولذا (2) لو لم يبين البيع عليها، ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلا.

فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد.

واحتتمل في نهاية الأحكام البطلان (3).

ولعله (4)، لأن المضي على البيع، وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاء بالعقد وجب فلا خيار.

وإن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه (5).

(وبعبارة أخرى) العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار مع أصالة اللزوم.

+++++

(1) خلاصة هذا الكلام أنه فرق بين الشروط والصفات، إذ الشروط خارجة عن حقيقة العقد و ماهيته.

بخلاف الصفات فإنها داخله في ماهيته و حقيقته.

(2) اي و لاجل أن دخول الصفات أولى من دخول الشرط في العقد، و أن الصفات من مقومات العقد و ماهيته، و أنها داخله فيه.

بخلاف الشروط، حيث إنها خارجة عن حقيقة العقد و ماهيته.

(3) اي بطلان مثل هذا البيع راسا من دون أن يكون لاحدهما خيار.

(4) اي و لعل احتمال البطلان في نهاية الأحكام.

(5) اي على صحة مثل هذا العقد.

و يضعفه (1) أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها (2)، وإما بذكرها في متن العقد لا تعدّ من مقومات العقد.

كما أنها (3) ليست من مقومات المبيع، فقواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه (4) الخيار، دفعا (5) لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه.

و تمام الكلام في باب الخيار إن شاء الله

+++++

(1) اي ويضعف ما افاده في البطلان في نهاية الأحكام.

(2) اي على تلك الأوصاف في الخارج: بأن تبانى البائع و المشتري عليها خارج العقد ثم عقدا عليها.

(3) أي كما أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع ليست من مقومات المبيع.

(4) أي بسبب فوات هذه الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع يثبت هذا الخيار للمشتري.

(5) منصوب على أنه مفعول لاجله أي إنما نقول بثبوت الخيار للمشتري لاجل أنه لا يلتزم بالعقد، لأن الالتزام به ضرر و الضرر منفي.

ص: 342

(فرعان) (1):

الفرع الأول لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري

(الأول) لو اختلفا (2)

+++++

(1) هذان الفرعان مبنيان على المسألة السابقة التي ذكرها الشيخ قدس سره في ص 338 بقوله: مسألة إذا شاهد عينا في زمان سابق.

وهما من أصعب الفروع وأشكلها، لكثرة الاصول التي ذكرها الشيخ فيهما، و معارضتها باصول اخرى، و كثرة الايرادات الواردة على الأدلة - القائمة من المثبتين و النافين حول تقديم قول المشتري، أو البائع في اختلافهما في التغيير، و كثرة التشاويش في العبارات كما ستقف عليها عند ما نشير إليها.

و نحن بحوله و قوته فسرناهما تفسيراً واضحاً، و علقنا على كل جملة من كلمات الشيخ تعليقا وافياً، و اشرنا إلى تلك التشاويش، و إلى اصلاحها

(2) أي البائع و المشتري في العين المشاهدة قبل العقد في زمان سابق عليه ثم جرت المعاوضة على تلك العين بعد زمن متأخر عن الرؤية السابقة.

اعلم أنه لا بد من ذكر قاعدة كلية لمعرفة المدعي و المدعى عليه قبل الخوض في التعليق على الفرعين، ليتمكن القارئ الكريم من تطبيق تلك الكبرى الكلية على صغرياتها و مصاديقها، لتمييز المدعى من المدعى عليه

فنعول: قال الشهيد في اللمعة، و الشهيد الثاني في الروضة.

المدعى هو الذي يترك او ترك الخصومة و هو المعبر عنه بأنه الذي يخلى و سكوته.

بنصب سكونه، بناء على أنه مفعول معه أي المدعى هو الذي إذا سكت عن حقه يخلى عنه و ترفع اليد عنه، و بترك مع سكوته.

بخلاف المدعى عليه، فإنه لا ينفعه سكوته، لأنه لا يترك لو سكت، و لا ترفع اليد عنه، بل يؤخذ بتلايبه حتى يتبين الحق

هذا إذا لم يترك المدعى حقه.

وأما إذا تركه ولم يدع شيئاً فلا يؤخذ المدعى عليه، ويترك -

ص: 343

- وقيل: هو من يخالف قوله الاصل (1)، او الظاهر (2) و المنكر مقابله في الجميع (3).

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 76.

ثم لا يخفى عليك أن التعاريف المذكورة للمدعي و المدعى عليه تعاريف فقهاية عرفهما بها الفقهاء رضوان الله عليهم اجمعين.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إذا اختلف البائع و المشتري في تغير المبيع المشاهد قبل العقد في زمان سابق على العقد: بأن اختلفا في تحقق تغير المبيع بنقصانه عما وقعت المشاهدة عليه: بأن قال المشتري:

كان الحيوان المبيع عند المشاهدة سمينا و الآن اراه مهزولا فالبيع واقع على المهزول، لا على السمين الذي شاهدته قبل العقد فلي الخيار.

و انكر السمن البائع و قال: إنه كان مهزولا عند المشاهدة -

+++++

- كما يترك المدعي.

(1) المراد من الاصل هنا هو أصالة العدم المقتضية لعدم وجود حق للمدعي على المدعى عليه، لأن ادعاءه عليه حقا مخالف للاصل.

(2) أي قول المدعي مخالف للظاهر أيضا، لأن ما في يد زيد يكون له، لا لشخص آخر، فادعاء الآخر أنه له مخالف للظاهر.

هذا إذا كان الشيء المدعى في يد زيد.

و أما إذا كان في ذمته فيرجع قول المدعي إلى مخالفة الاصل لأن الاصل براءة ذمة زيد عن الدين المدعى عليه.

(3) أي المنكر مقابل للمدعي في جميع ما ذكر له، لأنه لو ترك الخصومة لا يترك، و لا يخلى و سبيله مع سكوته، و لا يكون قوله مخالفا للاصل، و لا للظاهر.

ص: 344

في التغير فادعاه (1) المشتري.

ففي المبسوط (1) و التذكرة و الايضاح و الدروس (2)، و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشتري، لأن (2) يده على الثمن كما في الدروس و هو راجع إلى ما في المبسوط و السرائر من أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، و لا ينتزع منه إلا بإقراره، أو بينة تقوم عليه: انتهى.

+++++

- و العقد قد وقع على المهزول فليس لك الخيار.

فهنا قولان:

قول بتقديم قول المشتري.

و قول بتقديم قول البائع.

و قد ذكر الشيخ أدلة الطرفين مع الرد على أدلتهم، و اختياره ما هو الأوفق بالاصول و القواعد، ثم كرّر وفرّ، و جال في ميدان التحقيق قدس الله نفسه الزكية الطاهرة الراضية المرضية المطمئنة.

و نحن نذكر جميع الأدلة مع الردود، و مختاره عند رقبه الخاص بحوله و قوته، جلت عظمتة و آلاؤه.

(1) أي ادعى المشتري التغير في المبيع كما عرفت آنفا.

(2) تعليل لتقديم قول المشتري.

من هنا اخذ الشيخ في ذكر أدلة تقديم قول المشتري.

و هي ثلاثة:

(الاول): اليد.

و المراد بها هنا الاستصحاب، فإن المشتري كانت يده ثابتة على الثمن قبل الشراء، لأن منه ينتزع الثمن، و بعد البيع و ادعائه التغير لشك في رفع يده عنه، لعدم انتقال ما وقع العقد عليه بعد المشاهدة إليه فنستصحب بقاءها عليه.

ص: 345

1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

2- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و تبعه (1) العلامة أيضا في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية، حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن (2) فلا يلزمه ما لم يقربه، أو يثبت بالبينة.

ولأن (3) البائع يدعي علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الاصل عدمه كما في التذكرة (4).

ولأن (5)

+++++

(1) أي و تبع العلامة ابن ادريس في تقديم قول المشتري لو ادعى التغير.

(2) أي من ثمن هذا المبيع المدعى من قبل المشتري تغييره.

(3) هذا هو الدليل الثاني الدال على تقديم قول المشتري لو اختلف البائع و المشتري في تغير المبيع.

و خلاصته أن البائع يدعي علم المشتري بالمبيع على الوصف الموجود حاليا عند المشتري.

و يدعي البائع أيضا أن المشتري كان راضيا بهذا المبيع الموجود في يده و قد اخذه عن رضاه و طيب نفسه.

لكن نقول: الاصل عدم علم المشتري بالوصف الموجود، و عدم رضاه بالمبيع الموجود، لأننا نستصحب عدم علم المشتري بالمبيع إلى حين العقد، و عدم رضاه بالصفة الموجودة في المبيع.

(4) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 37 عند قوله: و يقدم قول المشتري لو ادعى التغير، لأن البائع يدعي عليه الاطلاع.

(5) هذا هو الدليل الثالث الدال على تقديم قول المشتري عند اختلاف البائع و المشتري في التغير.

ص: 346

الاصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد (1).

و يمكن (2) أن يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد امانة، غاية الأمر أنه يدعي سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبثه باليد.

+++++

- و خلاصته أن المشتري بالعقد قد استحق المبيع بصفة مخصوصة على البائع فعند ادعائه التغير، و بعد اقباض البائع المبيع المتصف بالصفة الموجودة إلى المشتري نشك في وصول حق المشتري إليه فنستصحب عدم وصوله إليه.

(1) راجع (جامع المقاصد) الطبعة الحجرية ص 217.

(2) من هنا اخذ الشيخ قدس سره في الرد على الأدلة الثلاثة فقال: و يمكن أن يضعف الاول.

و خلاصة الرد أن الدليل الاول المشار إليه في الهامش 2 ص 345 ضعيف، حيث إن المشتري معترف بانتقال الثمن إلى البائع بناقل صحيح: و هو العقد الواقع بينه و بين البائع.

و معترف أيضا بأن الثمن ليس ملكا له، بل هو للبائع فتكون يده عليه يد امانة، و ليس للمشتري أي تعلق بالثمن.

نعم إن المشتري يدعي له حق الخيار في هذه المعاملة.

و ليس المورد من موارد تقديم قول ذي اليد حتى يقدم قول المشتري، لأن تقديم قول ذي اليد يصدق في مقام يقول ذو اليد:

إن ما في يدي هو ملكي، ثم يدعي آخر أن ما في يد هذا هو ملكي ثم ينكر ذو اليد ملكية المدعي.

و ما نحن فيه ليس كذلك، لأنك قد عرفت أن المشتري يعترف بانتقال الثمن إلى البائع بناقل صحيح فليس ما في يده و تحت تصرفه -

ص: 347

إلا (1) أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن، بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة (2) ولم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية: من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في مدة الخيار وإن تسلم الآخر.

و حينئذ (3) فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على اخذ الثمن، فلا (4) مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب

+++++

- ملكه حتى يقدم قوله:

(1) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من عدم تقديم قول المشتري، ويريد اثبات تقديم قوله.

حاصل العدول أنه إذا قلنا بعدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في زمن الخيار وإن تسلم الآخر فلا تثبت سلطنة للبائع على الثمن بمجرد العقد وقبل مضي زمن الخيار، فإذا لم تحصل سلطنة للبائع فلا يكون الثمن الموجود في يد المشتري ملكا للبائع حتى تثبت يد البائع عليه.

إذا تكون سلطنة المشتري على الثمن باقية فيقدم قوله.

(2) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 420 عند قول العلامة: الثالث لا يجب على البائع.

(3) أي و حين أن قلنا بعدم ثبوت سلطنة للبائع على الثمن بمجرد العقد وقبل مضي زمن الخيار.

(4) الفاء تفرع على ما افاده: من أن الشك في ثبوت الخيار موجب للشك في سلطنة البائع على الثمن أي ففي ضوء ما ذكرنا فلا شيء يدفع هذا الإشكال: وهو عدم ثبوت سلطنة للبائع على الثمن المسبب من الشك في ثبوت الخيار: سوى أصالة عدم سبب الخيار و سبب الخيار هو عدم وصول حق المشتري إليه.

ص: 348

الخيار لو تم كما سيجيء (1).

و الثاني (2)

+++++

- و المراد من الاصل هو الاستصحاب، لأنه لم يكن للمشتري قبل وصول الحق إليه خيار، و بعد الوصول و ادعائه عدم مطابقة العين لما شاهده نشك في حصول الخيار له فنستصحب العدم، فتثبت السلطنة للبائع على الثمن الموجود في يد المشتري بمجرد العقد فلا تكون يد المشتري على الثمن يد امانة.

هذا بناء على تمامية هذا الاستصحاب.

و أما بناء على عدم تماميته كما يستفاد من كلام الشيخ بقوله:

لو تم كما سيجيء فالإشكال باق على حاله.

(1) المراد من كما سيجيء هو قوله في ص 360: و الحاصل أن هنا امرين

(2) اي و يضعف الدليل الثاني المشار إليه في الهامش 3 ص 346 الدال على تقديم قول المشتري عند اختلاف البائع و المشتري في التغير

و لتضعيف الدليل الثاني جوابان:

نقضي، و حلي.

أما النقضي فنقول: إن استصحاب عدم علم المشتري بالمبيع الموجود المتصف بالصفة الموجودة معارض باستصحاب آخر: و هو استصحاب عدم علم المشتري بوصف آخر غير هذا الوصف حتى يثبت له الخيار فالثمن الموجود في يده للبائع، فلا تكون يده عليه يد امانة.

و أما الحلي فنقول: إن الشك في علم المشتري بالوصف الموجود أو علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقا فاللازم حينئذ جريان الاصل في السبب، لا في المسبب، لأن جريان الاصل في السبب مقدم على جريانه في المسبب.

ص: 349

مع معارضته بأصالة (1) عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حق له يوجب الخيار: بأن (2) الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا

+++++

- فحينئذ نقول: الاصل عدم كونه مسبوقا بوصف غير هذا الوصف الموجود في المبيع.

فالنتيجة أن الاصل عدم تغير المبيع عما كان عليه فبعد جريانه لا تصل النوبة إلى أن الاصل عدم علمه بهذا الوصف.

أو أن الاصل عدم علمه بوصف آخر غير هذا الوصف.

إذا يكون مفاد الاصل السببي هو عدم ثبوت الفسخ للمشتري.

ولتقدم الاصل السببي على الاصل المسببي نظائر كثيرة.

وقد ذكر الشيخ قدس سره هذا التقدم في كتابه (الرسائل) فراجع.

و أليك نظيره.

تنجس ثوب غسل بماء مشكوك الكرية مع العلم بالحالة السابقة للماء المشكوك الكرية.

فإن كانت الحالة السابقة لهذا الماء المشكوك الكرية هي الكرية فالثوب المغتسل بالماء المشكوك طاهر، لاستصحاب الكرية السابقة.

وإن كانت حالته السابقة هي عدم الكرية فالثوب المغتسل بالماء المشكوك نجس، لاستصحاب الحالة السابقة، لأن الكرية وعدمها سبب في طهارة الثوب و نجاسته، و الطهارة و النجاسة مسببتان عن السبب فإجراء الاصل في السبب لا يعطي مجالاً لإجرائه في المسبب فهو مقدم عليه، فلا معنى لإجرائه في المسبب دون السبب.

(1) هذا هو الجواب النقضي وقد عرفته في الهامش 2 ص 349.

(2) هذا هو الجواب الحلّي وقد عرفته في الهامش 2 ص 349.

ص: 350

الوصف سابقا فاذا انتفى غيره بالاصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغيير المبيع لم يجز أصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و الثالث (1) بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعا، ولذا (2) يجوز له امضاء العقد.

و ثبوت حق له (3) من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه (4)

+++++

(1) أي ويضعف الدليل الثالث المشار إليه في الهامش 5 ص 346 القائم على تقديم قول المشتري عند دعواه التغير في المبيع.

و خلاصة الرد أن للمشتري حقا قد تعلق بنفس العين المبيعة وهذا الحق قد وصل إليه قطعا من دون ريب.

لكن المشتري يدعي حقا زائدا على ذلك: وهو كون المبيع متصفا بالوصف الذي شاهده قبل العقد عليه و الموجود في يده غير المشاهد.

و إنما يدعي هذا ليثبت له الخيار فهو يدعي حقا زائدا على نفس العين المبيعة، و البائع ينكره، فلم يثبت حق للمشتري زائدا على ذلك حتى يثبت له الخيار.

إذا نرجع إلى أصالة اللزوم في العقد إلى العمومات، من قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ .

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

(2) أي و لاجل أن للمشتري حقا متعلقا بنفس العين و قد وصل إليه، و ليس له حق زائد على نفس العين.

(3) أي و ثبوت حق زائد على نفس العين للمشتري غير ثابت.

(4) أي فعلى المشتري اثبات حق زائد على نفس العين.

ص: 351

الاثبات.

و المرجع (1) أصالة لزوم العقد.

و لاجل (2) ما ذكرنا قوَى بعض تقديم قول البائع.

هذا (3)، ويمكن (4) بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة.

هل هو كاشتراطها في العقد فهي كشرط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك ؟

+++++

(1) اى المرجع عند ادعاء المشتري حقا زائدا على نفس العين و عند إنكار البائع ذلك الحق الزائد هي أصالة اللزوم المستفادة من العمومات المذكورة في الهامش 1 ص 351.

(2) اى و لاجل أن حق المشتري قد تعلق بنفس العين و ليس له حق زائد عليها و قد وصل هذا الحق إليه فيكون المرجع حينئذ هي أصالة اللزوم.

(3) اى خذ ما تلوناه عليك حول الأدلة القائمة على تقديم قول المشتري في دعواه تغير المبيع، و ما ذكر من الرد عليها.

(4) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من عدم دلالة الأدلة المذكورة على تقديم قول المشتري اى و يمكن بناء مسألة اختلاف البائع و المشتري في تغير المبيع في العين المشاهدة قبل زمان العقد عليها.

و خلاصة هذا الامكان أن المتعاقدين حين العقد على الأوصاف الملحوظة في المبيع.

(تارة) يلاحظانها من حيث الشرطية: بمعنى أنها تلاحظ بما أنها زائدة على المبيع و خارجة عن حقيقتها و ماهيتها و قد اخذت -

ص: 352

ولهذا (1) لا يحصل من فقدها (2) إلا خيار لمن اشترطت له ولا يلزم بطلان العقد.

أو أنها (3) مأخوذة في نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا (4) لا يجوز الغاؤها في المعقود عليه.

كما يجوز الغاء غيرها من الشروط؟

+++++

- في العين بنحو تعدد المطلوب، وأنها من شروط الكمال، لا من شروط الصحة.

بل بما أنها كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين، ولهذا لا يحصل سوى الخيار لمن اشترطت تلك الشروط له إذا فقدت، ولا يلزم بطلان العقد عند فقدانها.

(و أخرى) يلاحظانها من حيث الوصفية: بمعنى أنها صفات داخلية في حقيقة العقد و ماهيته، وأنها من أركانها، و من شروط الصحة وقد اخذت في العقد بنحو وحدة المطلوب بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز الغاء تلك الشروط في المعقود عليه.

كما كان يجوز إلغاء غيرها من الشروط.

(1) عرفت معنى هذا التعليل في هذه الصفحة عند قولنا:

ولهذا لا يحصل سوى الخيار.

(2) اي من فقدت تلك الشروط.

(3) اي أو أن تلك الشروط مأخوذة.

وقد عرفت معناها في هذه الصفحة عند قولنا:

و أخرى يلاحظانها من حيث الوصفية.

(4) وقد عرفت معناها في هذه الصفحة عند قولنا:

ولهذا لا يجوز إلغاء تلك الشروط في المعقود عليه.

ص: 353

فعلى الأول (1) يرجع النزاع في التغيير، وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه و الاصل مع البائع.

(و بعبارة اخرى) (2) النزاع في أن العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا؟

لكن (3) الانصاف أن هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالاصل.

+++++

(1) و هو المشار إليه في الهامش 4 ص 352 عند قولنا:

تارة يلاحظانها أي فعلى القول الاول يكون مآل النزاع في التغيير وعدمه إلى اشتراط وصف آخر غير هذا الوصف الموجود في المبيع أو عدم الاشتراط.

فحينئذ يكون القول قول البائع، لأن المشتري يدعي على البائع وصفاً آخر زائداً على الوصف الموجود، و البائع ينكره فيقدم قوله لاقتضاء الاصل الذي هو الاستصحاب عدم الاشتراط.

(2) لما كان المعنى غامضاً جداً، و لم يفهم من العبارة الاولى اراد قدس سره أن يفرغه في قالب آخر، ليستفاد منه المراد.

فقال: بعبارة اخرى كما هو المعنى من عبارة اخرى في مجالات التعبير.

و خلاصتها أن مرجع النزاع في القسم الاول المشار إليه في الهامش 4 ص 352 إلى أن العقد هل وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف مقيداً به المفقود حالياً؟

ليكون القول قول المشتري حتى يقدم.

أو وقع على العقد المجرد عن ذلك، ليكون القول قول البائع حتى يقدم؟

(3) من هنا يروم الشيخ إبداء نظريته حول البناء المذكور. -

ص: 354

بل (1) المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونها متصفة بهذا الوصف.

وليس هنا (2) عقد على العين، و التزام بكونها متصفة بذلك الوصف

فهو (3) قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد.

+++++

- و خلاصتها أنه في مقام النزاع في التغير لا توجد دعويان.

(احدهما): راجعة إلى الاشتراط المذكور.

(ثانيتهما): راجعة إلى اثبات الخيار للمشتري.

اي الانصاف أن هاهنا دعوى واحدة: و هي ثبوت الخيار للمشتري فقط: و لا مجال لجريان أصالة عدم الخيار عند الشك فيه عند ما رأى المشتري عدم اتصاف العين بالصفة المرئية وقت العقد حتى يثبت لزوم العقد العقد و وجوب الوفاء به، ليقدم قول البائع.

(1) اي بل المراد بالوصف هو وقوع العقد على العين المقيدة بقيد كونها سليمة عن العيب، أو سميئة، بحيث يكون الوصف داخلا فيها على نحو القيدية و الجزئية، و ملحوظا فيها بنحو وحدة المطلوب كما عرفت في ص 353 عند قولنا: و اخرى يلاحظها.

(2) اي و ليس فيما نحن فيه: و هو نزاع البائع و المشتري في العين المتغيرة عقد قد تعلق بالعين، و التزام بكونها متصفة بذلك الوصف على نحو الشرطية بحيث يكون الوصف خارجا عن حقيقة العين و ماهيتها على نحو تعدد المطلوب.

(3) الفاء فاء النتيجة اي فنتيجة القول بأن المراد من الوصف المذكور هو ما ذكرناه، لا الوصف بمعنى الشرط الخارجي: يكون -

ص: 355

فحينئذ (1) يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء به، وعدمه (2)، و الاصل عدمه (3).

و دعوى (4) معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة

+++++

- الوصف نظير ملاحظة الأجزاء في المعقود عليه التي تلاحظ بلحاظ العين بنحو القيدية، لا أنها تلاحظ بلحاظ الشرطية.

فبأي نحو من الأنحاء تلاحظ الأجزاء في المعقود عليه يلاحظ الوصف في العين المعقود عليها من غير فرق بينهما.

(1) الفاء تفريع على ما افاده: من أن الوصف المذكور نظير الأجزاء في المعقود عليه التي تلاحظ بلحاظ العين بنحو القيدية اي فحين أن قلنا: إن الوصف نظير الأجزاء يكون مصب النزاع و محوره في أن العقد هل وقع على هذا الموجود الخارجي حتى يلزم العقد و يجب الوفاء به كما يقوله البائع ليقدم قوله ؟

أو وقع على الموجود الخارجي المتصف بالوصف المفقود حاليا كما يقوله المشتري، ليقدم قوله ؟

(2) اي عدم وقوع العقد على ما ينطبق على الموجود الخارجي كما عرفت عند قولنا في هذه الصفحة أو وقع على الموجود الخارجي

(3) اي بعد أن عرفت محور النزاع فالاصل و هو الاستصحاب عدم وقوع العقد على العين الموجودة، و المتصفة بالصفة الحالية.

(4) خلاصة هذه الدعوى أن الاصل المذكور إنما يصار إليه إذا بقي سليما عن المعارض.

و من الواضح أن هذا الاصل معارض باصل آخر: و هو أن الاصل عدم وقوع العقد على غير هذه العين الموجودة المتصفة بصفة غير هذه الصفة الحالية و هي الصفة المفقودة حتى يثبت لزوم العقد -

ص: 356

بالوصف المفقود، ليثبت اللزوم (1).

مدفوعة (2)

+++++

- ليقدم قول البائع، فيحصل التعارض بين الاصلين فيتساقطان فيرجع إلى اصل آخر.

(1) اللام هنا بمعنى حتى أي حتى يثبت اللزوم كما عرفت.

ثم لا يخفى عليك أن في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا هكذا (ليثبت الجواز) و الصحيح ما اثبتناه، لعدم انسجام الجواز هنا لأنه في صورة إجراء الاصل الثاني المعارض للاصل الاول يثبت قول البائع و لازم ثبوت قوله لزوم البيع، لا الجواز.

و الدليل على ما نقول كلام الشيخ قدس سره في الجواب عن الدعوى المذكورة بعد امعان النظر في كلامه.

ثم إنني راجعت نسختي المصححة على نسخة سيدنا الاستاذ المرحوم (السيد يحيى المدرسي) قدس سره عند ما كنت احضر معهد بحثه الشريف في داره في عقد الكروزي قبل تسعة و ثلاثين عاما فرأيت العبارة كما اثبتناها هنا.

(2) وجه الدفاع هو أن إجراء الاصل الثاني: و هو عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود في المبيع لا يثبت لزوم العقد على العين الموجودة حاليا حتى يجب الوفاء به من قبل المشتري، إلا بالاصل المثبت:

و هو أن الاصل عدم وقوع العقد على العين المقيدة بوصف مفقود حاليا، و اثبات لزوم العقد بالاصل المثبت غير جائز، لأنه قد تقرر في علم الاصول أن الاصول المثبتة لا تكون حجة، لعدم كونها من الأمارات حتى يعمل بها، وإنما يعمل بها في الموارد -

ص: 357

بأن عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت لزوم (1) العقد الواقع، إلا بعد اثبات وقوع العقد على العين غير المقيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيدة وهو غير جائز كما حقق في الاصول.

و على الثاني (2) يرجع النزاع إلى رجوع العقد و التراضي على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، و عدمه (3) و الاصل (4) مع المشتري.

+++++

- المشكوكة لا غير، فلا تتجاوز مواردنا، فلا يثبت بها لوازمها.

و مورد الشك هو عدم وقوع العقد على العين المقيدة بوصف مفقود

و أما ثبوت لزوم العقد و إن كان من لوازمه، لكنه لا يثبت بذلك الاصل.

(1) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا هكذا (لا يثبت الجواز) و الصحيح ما اثبتناه و الموجود في نسختنا المصححة على نسخة سيدنا الاستاذ المرحوم قدس سره كما اثبتناه هنا.

(2) اي و على القول الثاني المشار إليه في ص 353 الذي اخذ فيه الوصف على نحو القيدية بحيث يكون ملحوظا في نفس المعقود عليه و لا يجوز الغاؤه: يكون مصب النزاع و مرجعه في صورة اختلاف البائع و المشتري في التغير: إلى أن العقد هل وقع على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود؟

(3) اي أو عدم رجوع العقد و التراضي على الشيء المطلق.

(4) اي بعد أن عرفت محور النزاع و مصبه في القول الثاني يكون الاصل و هو الاستصحاب مع المشتري فيقدم قوله فيثبت له الخيار.

ص: 358

و دعوى (1) معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة.

مدفوعة: بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا و هو غير ثابت و الاصل عدمه.

وقد تقرر (2) في الأصول أن نفي احد الضدين بالاصل لا يثبت الضد الآخر، ليرتب عليه حكمه.

و بما ذكرنا (3) يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم، حيث (4)

+++++

(1) هذه الدعوى و الجواب عنها بعينها الدعوى الاولى و الجواب عنها المشار إليهما في الهامش 4 ص 356 و الهامش 2 ص 357 فلا نعيد هما عليك.

(2) هذا من متممات القول بأن الاصول المثبتة لا تكون حجة فلا تثبت بها لوازمها، اي قد ثبت في علم الاصول أن نفي احد الضدين بالاصل لا يثبت الضد الآخر.

و هذا معنى قولهم: إن الاصل المثبت لا يكون حجة.

و خلاصة الكلام في هذا المقام أن الاصل حكم شرعي لا يثبت و لا يرفع إلا حكما شرعيا، أو موضوع الحكم الشرعي، و لا يثبت الأحكام العقلية، و اثبات الشيء برفع ضده هو حكم عقلي فلا تشمل أدلة الاصول.

و هذا هو الاصل المثبت الذي اشار الشيخ إليه بقوله في ص 348-349 إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء.

(3) و هو أن أصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود لا يثبت لزوم العقد الواقع على العين الموجودة حاليا إلا بالاصل المثبت و هو غير حجة.

(4) هذا حجة المتمسك بأصالة اللزوم في المبيع المختلف فيه -

ص: 359

إن المبيع ملك المشتري، و الثمن ملك البائع اتفاقاً، وإنما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ فينفي (1) بما تقدم: من قاعدة اللزوم.

توضيح الفساد (2) أن الشك في اللزوم وعدمه من حيث الشك في متعلق العقد، فإننا نقول: الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى لا يثبت اللزوم، وهو وارد على أصالة اللزوم.

و الحاصل (3) أن هنا امرين:

(أحدهما) (4): عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و اخذه فيه، و هذا الاصل ينفع في عدم الخيار، لكنه غير جار، لعدم الحالة السابقة.

+++++

- البائع و المشتري في التغير.

(1) أي تسلط المشتري على الفسخ منفي بقاعدة:

الاصل في العقود أن تكون لازمة.

و كلمة من بيان لقوله: بما تقدم.

(2) خلاصة وجه الفساد أن موضوع التمسك بأصالة اللزوم إنما يتحقق بعد فرض وقوع العقد على الشيء الموجود المعبر عنه بما ينطبق مع الموجود، و إذا قلنا: إن الاصل عدم وقوع العقد على هذا الشيء الموجود فقد انتفى الموضوع فلا مجال للتمسك بأصالة اللزوم، لأن الشك في الحكم مسبب عن الشك في موضوعه، و قد علمت أن الاصل السببي مقدم على الاصل المسببي رتبة.

فأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموجود وارد على أصالة اللزوم.

(3) أي خلاصة الكلام في هذا المقام أن هنا اصلين:

(4) هذا هو الاصل الاول، و خلاصته أن الاصل عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود.

ص: 360

(و الثاني) (1): عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود و هذا جار غير نافع.

نظير (2) الشك في كون الماء المخلوق دفعة كرا من اصله فإن أصالة عدم كرتيه نافعة غير جارية، و أصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة في ترتب آثار القلة على الماء المذكور.

فافهم و اغتنم.

+++++

- و هذا الاصل ينفع في عدم الخيار للمشتري، لكنه لا يجزي لعدم حالة سابقة له، لأنه حين وقوع العقد من اوله نشك في وقوعه مقيدا أم مطلقا.

فالحالة السابقة ليست معلومة حتى تستصحب.

(1) اي (و ثانيهما).

هذا هو الاصل الثاني، و خلاصته: أن الاصل عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود.

و هذا الاصل له حالة سابقة، لكنها لا تنفع في المقام، لأن الاصل المذكور لا يثبت وقوع العقد على هذا الشيء مطلقا حتى يفيد اللزوم.

(2) تنظير لكون الاصل الاول نافعا، لكنه غير جار.

و الاصل الثاني جاريا، لكنه غير نافع.

و خلاصة التنظير أن ما نحن فيه نظير الشك في الماء المخلوق دفعة:

في أنه كر من اصله أم لا، فإن أصالة عدم كرتيه نافعة، لكنها غير جارية، لعدم حالة سابقة للماء.

و استصحاب عدم وجود الكر وإن كان له حالة سابقة. و يجري لكنه غير مفيد، لعدم ترتب آثار القلة على الماء، لأنك قد عرفت في الهامش

2 ص 359 أن نفي احد الضدين بالاصل لا يثبت -

ص: 361

وبما ذكرنا (1) يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الاصول العملية المتقدمة.

مثل (2) ما دل على حرمة اكل المال(1) إلا أن تكون تجارة عن تراض

وعموم (3): لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

+++++

- وجود الضد الآخر.

(1) و هو أن إجراء أصالة عدم تعلق العقد بالوصف المفقود لا يثبت وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يكون العقد لازماً كما يقوله البائع.

خلاصة هذا الكلام أنه كما لا تفيد أصالة اللزوم في لزوم العقد فيما نحن فيه.

كذلك لا يفيد التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد.

و المراد من العمومات هو قوله تعالى:

وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

(2) من هنا اخذ الشيخ في عد الاصول العملية فقال:

مثل ما دل على حرمة اكل المال إلا أن تكون تجارة.

و المراد من ما دل على حرمة اكل المال هي القواعد المستفادة من الأخبار الدالة على حرمة اكل المال بدون التجارة و التراضي.

وليس المراد منه الآية الشريفة، لأنها لا تكون من الاصول العملية فافهم حتى لا يشتبه عليك الامر.

(3) هذا ثاني الاصول العملية، وقد اشير إليه في الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص 180-181 فراجع.

ص: 362

1- - راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و عموم (1): إن الناس مسلطون على أموالهم، بناء (2) على أنها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأن (3) المفروض صيرورته ملكا، إذ (4) لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فاذا شك في ذلك فالاصل عدم دفع العوض وهذا هو الذي تقدم: من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

(فإن قلت (5): لا دليل على كون الخارج عن العمومات

+++++

(1) هذا ثالث الاصول العملية، وقد اشير إليه في الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص 109 فراجع.

(2) تعليل لاقتضاء العمومات المذكورة لزوم العقد فيما نحن فيه و خلاصته أن الاقتضاء المذكور مبني على دلالة العمومات المذكورة على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع.

(3) تعليل لعدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع.

(4) تعليل لكون التمسك بالعمومات المذكورة لا يفيد في المقام.

و خلاصته أن العمومات المذكورة لم تبق على عمومها، لأنها مخصصة بما إذا لم يدفع حق المشتري إليه.

و هنا نشك في وصول الحق إليه فنجري أصالة عدم الوصول إليه فيثبت التخصيص، فيكون دليل الخاص حاكما على العام فلا يمكن التمسك بالعمومات المذكورة على افادتها للزوم فيما نحن فيه، فيثبت موضوع خيار تخلف الوصف للمشتري باستصحاب عدم وصول حقه إليه.

(5) خلاصة إن قلت أننا لا نقبل خروج عنوان عدم وصول حق المشتري إليه عن تحت تلك العمومات المذكورة الدالة على لزوم -

المذكورة معنونا بالعنوان المذكور، بل نقول: قد خرج عن تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه، وبين ما لم ينطبق على المدفوع فاذا شك في ذلك فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة،

(قلت) (1): السبب في الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه.

(و بعبارة اخرى (2) هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، لا (3) وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية.

+++++

- العقد فيما نحن فيه.

بل الذي خرج هو عنوان ما لا ينطبق المدفوع على ما وقع عليه المعاوضة، فاذا شككنا في ذلك فالاصل عدم وقوع المعاوضة على ما لا ينطبق على المدفوع فحينئذ يجب العمل بالعمومات، لأن المخصص:

و هو عدم وصول حق المشتري إليه منفي بالاصل المذكور: و هو أن الاصل عدم وقوع المعاوضة على ما لا ينطبق على المدفوع إلى المشتري.

(1) خلاصة قلت أن السبب الوحيد في الخيار للمشتري و سلطنته على فسخ العقد، و عدم وجوب الوفاء عليه بالعقد هو عدم مطابقة العين الخارجية و هي الشاة المهزولة مع ما وقع عليه العقد.

(2) اي و بعبارة أوضح أن السبب الوحيد في الخيار هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفعه إلى المشتري العنوان الذي وقع عليه العقد.

(3) اي و ليس سبب الخيار هنا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية حتى يقال: إن الذي خرج عن تلك العمومات هو عنوان ما لا يطابق المدفوع على ما وقع عليه المعاوضة فعند الشك -

ص: 364

كما (1) أن السبب في لزوم العقد تحقق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري، و الاصل (2) موافق للأول، و مخالف (3) للثاني.

+++++

- في ذلك يجري الاصل: و هو عدم وقوع المعاوضة على ما لا ينطبق على المدفوع.

فالحاصل أن سبب الخيار امر عديمي: و هو عدم وجوب الوفاء من قبل البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع عليه العقد، لا امر وجودي: و هو خروج عنوان ما لا- ينطبق المدفوع على ما وقع عليه المعاوضة عن تحت تلك العمومات حتى ينفي هذا الامر الوجودي بالاصل المذكور في قولك: الاصل عدم وقوع المعاوضة على ما لا لا ينطبق على المدفوع.

(1) تنظير لكون سبب الخيار هو عدم وفاء البائع بدفعه إلى المشتري العنوان الذي وقع عليه العقد.

و خلاصته كما أن للسبب الوحيد في لزوم العقد هو تحقق مقتضاه و تحقق مقتضى العقد هو انتقال العين من البائع إلى المشتري بالصفات التي وقع العقد عليها.

كذلك فيما نحن فيه السبب الوحيد في الخيار هو ما عرفته في الهامش 1 ص 364 عند قولنا: خلاصة قلت.

(2) اي الاصل الذي هو الاستصحاب موافق للاول: و هو عدم مطابقة العين الخارجية لما وقع عليه العقد، و عدم وفاء البائع بالصفات التي وقع عليها العقد.

(3) اي الاصل المذكور و هو الاستصحاب مخالف للثاني: و هو دفع البائع المبيع إلى المشتري بالصفات التي وقع عليها العقد.

ص: 365

مثلا (1) إذا وقع العقد على العين على أنها سميينة فبانة مهزولة فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه و هو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن (2) ذلك لا يقتضي الجواز وإنما المقتضي للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد، و من المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك (3).

فقد تحقق مما ذكرنا (4) صحة ما تقدم: من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

و كذلك (5) صحة ما في التذكرة: من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما الزم.

+++++

- و عدم الموافقة هو السبب للخيار.

فالحاصل أن عدم المطابقة هو الموافق للأصل، لا الانطباق موافق للأصل.

(1) من هنا اخذ الشيخ قدس سره في الاتيان بالمثال الخارجى حتى تنجح كيفية موافقة الاصل للاول، و مخالفته للثاني.

(2) تعليل لكون وقوع العقد على السمين لا يقتضي جواز العقد حتى يكون للمشتري الخيار.

(3) اى عند الشك في انطباق العين الخارجية على متعلق العقد.

(4) خلاصة هذا الكلام أنه تحقق و ظهر مما ذكرنا: و هو أصالة عدم وقوع العقد على الموجود بهذه الصفة الفعلية، و عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع عليه العقد، و عدم معارضة اصل آخر لهذا الاصل: عدم وصول حق المشتري إليه.

(5) اى و كذا ظهر مما ذكرناه لك: من أن الاصل عدم وقوع العقد على الموجود بهذه الصفة صحة ما افاده العلامة في التذكرة -

نعم ما في المبسوط و السرائر و الدروس: من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن كأنه (1) لا يناسب أصالة اللزوم، بل (2) يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد كما يظهر من المختلف

+++++

- من أن الاصل عدم التزام المشتري بتملك الموجود بالصفة الحالية حتى يجب عليه الوفاء بما ألزم: و هو دفع الثمن إلى البائع.

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 7 ص 36.

(1) خلاصة هذا الكلام أن ما افاده شيخ الطائفة في المبسوط و ابن ادريس في السرائر، و الشهيد في الدروس: من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن لا يناسب لزوم العقد فيما نحن فيه، لأن القائل بذلك لا ينظر إلى مورد الأصالة إلا بالانتقال إلى ملزومها:

و هو عدم كونه مطابقا لما وقع عليه العقد.

بخلاف ما قلنا: من أن الاصل هو عدم وصول حق المشتري إليه.

و بخلاف ما افاده العلامة في التذكرة: من أن الاصل هو عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود، فإنهما يناسبان أصالة اللزوم المتمسك بها في المقام، لأن منشأ الشك في مورد الأصالة هو أن الموجود المدفوع من البائع إلى المشتري.

هل هو مطابق لما وقع عليه العقد أم لا؟

لأن أصالة عدم وصول حق المشتري إليه يرفع المطابقة فلازمه هو رفع اللزوم عن العقد، إذ لو كان مطابقا كان حقه و اصلا إليه.

و كذا أصالة عدم التزام المشتري بهذا الموجود يرفع حكمه اللازم له.

(2) اي ما افاده هؤلاء الأعلام في المبسوط و السرائر و الدروس يناسب القول بجواز العقد.

ص: 367

في باب السبق و الرماية.

و سيأتي تحقيق الحال في باب الخيار.

و أما (1) دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة، لأن (2) الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع.

فهي (3) مدفوعة، مضافا (4) إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمن المشاهدة.

+++++

- وجه المناسبة أن المشتري له حق عدم اعطاء الثمن إلى البائع في زمن الخيار فهو مسلط على الثمن.

بخلاف القول بالزوم، فإن الواجب على المشتري تمكين البائع من الثمن.

(1) خلاصة هذا الكلام: أن أصالة عدم تغير المبيع واردة على الاصول المذكورة و هي:

الاصل عدم وصول حق المشتري إليه.

الاصل عدم وقوع العقد على هذه الصفة الموجودة الحالية.

الاصل بقاء سلطنة المشتري على الثمن: لأن الشك في الاصول الثلاثة المذكورة مسبب عن الشك في السبب الذي هو التغير.

فاذا اجرينا الاصل في السبب و قلنا بعدم التغير فلا يبقى مجال لجريان الاصول المذكورة، فيكون البيع لازما فالقول قول البائع.

(2) تعليل لكون أصالة عدم التغير واردة على الاصول المذكورة.

وقد عرفته في هذه الصفحة عند قولنا: لأن الشك.

(3) اي الدعوى المذكورة مردودة و باطلة بشيئين.

(4) هذا هو الشيء الاول و قد ذكره الشيخ قدس سره في المتن فلا نعيده.

ص: 368

كما إذا علم بكونها سميئة وأنها صارت مهزولة.

و لا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن، أو لا؟

فحينئذ (1) مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل ناخر التغير، لا عدمه (2) الموجب (3) للزوم العقد.

بأن (4) مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سميئة.

و من المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين.

نعم لو ثبت بذلك الأصل (5) هزالها عند المشاهدة، و تعلق العقد

+++++

(1) اي فحين أن علم بكون الشاة سميئة و أنها صارت مهزولة و لا يعلم كونها في زمن المشاهدة باقية على السمن، أو لا؟

(2) اي لا عدم التغير حتى يلزم البيع و يكون القول قول البائع

(3) برفع كلمة الموجب، بناء على أنها صفة لكلمة لا عدمه.

(4) هذا هو الشيء الثاني المشار الى الشئيين في الهامش 3 ص 368.

و خلاصته: أن مآل أصالة عدم التغير إلى عدم كون الشاة سميئة حين المشاهدة.

و من الواضح أن مجرد المآل المذكور إلى عدم كون الشاة سميئة لا يكفي في لزوم العقد، بل لا بد من اثبات وقوع العقد على الشاة

المهزولة، لأنك عرفت في الهامش 2 ص 359 أن نفي الشيء لا يثبت وجود ضده الآخر، فعليه لا مجال لجريان الأصل المذكور حتى

يكون واردا على الاصول المذكورة المشار إليها في الهامش 1 ص 368.

(5) و هو أن الأصل عدم تغير المبيع.

ص: 369

بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكن الاصول العدمية (1) في مجاريها لا تثبت وجود أضدادها.

هذا كله مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار.

ولو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع فمقتضى (2) ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأن الاصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

و ظاهر عبارة اللعة تقديم قول المشتري هنا (3)، ولم يعلم وجهه.

+++++

(1) منها الاصول المذكورة في الهامش 1 ص 368.

وقد عرفت معنى عدم جريان الاصول العدمية في مجاريها عند قولنا في الهامش 1 ص 368: إن نفي احد الضدين.

(2) اي كل ما قلناه في جانب المشتري عند دعواه التغير في المبيع:

من جريان الاصول الثلاثة المذكورة في الهامش 1 ص 368 نقوله في جانب البائع عند دعواه الزيادة في المبيع فنقول:

الاصل عدم وصول حق البائع إليه.

الاصل بقاء يد البائع على المبيع.

الاصل عدم وقوع العقد على هذا المبيع المتصف بالصفة الموجودة فلا يجب عليه الوفاء بالعقد، لأن المشتري يدعي على البائع علمه بالزيادة وأن العقد وقع عليها و البائع ينكره.

(3) اي عند دعوى البائع زيادة المبيع الموجبة هذه الزيادة لخياره.

راجع (اللعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 3 ص 270 عند قول المصنف قدس سره:

(ولو اختلفا في التغير قدّم قول المشتري مع يمينه).

بناء على أن الشهيد اراد الاطلاق من التقديم، حيث لم يقيد -

ص: 370

- التقديم بصورة دعوى المشتري النقص في المبيع.

و للشهيد الثاني قدس سره في المصدر نفسه في ص 271 إشكال على المصنف في تقديم قول المشتري في جانب الزيادة و النقيصة بقوله:

و في تقديم قول المشتري فيهما جمع بين متنافيين مدعا و دليلا.

و نحن ذكرنا وجه الإشكال هناك، و كيفية الجمع بين المتنافيين مدعا و دليلا في ص 272 في المصدر نفسه.

و حرصنا البالغ على زيادة اطلاع رواد العلم و أبنائه على كيفية الإشكال ذكرنا هنا ما سجلناه هناك.

حاصل الإشكال و إن لم يصرح قدس الله نفسه إلى كيفية الجمع بين المتنافيين في صورتين و هما:

ادعاء النقيصة في المبيع من جانب المشتري، و تقديم قوله مع اليمين.

و ادعاء الزيادة في المبيع من جانب البائع، و تقديم قول المشتري أيضا.

أن لازم ذلك هو الجمع بين المتنافيين مدعا و دليلا.

أما لزوم الجمع بين المتنافيين من حيث المدعى فلأن المشتري كان في الصورة الاولى: و هي نقيصة المبيع منكرا لما يدعيه البائع:

من علم المشتري بالتغير فيقدم قوله، طبقا للاصول المذكورة في الهامش 1 ص 368.

و أما في الصورة الثانية: و هي ادعاء زيادة المبيع من جانب البائع فيكون المشتري مدعيا علم البائع بزيادة المبيع و البائع ينكره.

فكيف يقدم قول المشتري مع كونه مدعيا، و المقام تقديم قول البائع، لا قول المشتري؟

و لا يصح القول في هذه الصورة بأن المشتري منكر، لادعائه -

- علم البائع بزيادة المبيع، فلا مجال لصدق الانكار عليه.

فتقديم قوله يلزم الجمع بين المتنافيين مدعا و دليلا.

و أما لزوم الجمع بين المتنافيين من حيث الدليل فهو أن البائع إذا ادعى علم المشتري بالنقيصة في الصورة الاولى و قلنا بتقديم قول المشتري مع يمينه.

فكيف يمكن القول في الصورة الثانية أيضا بأن البائع يدعي علم المشتري و اطلاعه على الزيادة و المشتري منكر؟

فلازم ذلك تقديم قول المشتري، لأنه منكر، فاذا قلنا بتقديم قول المشتري لزم الجمع بين المتنافيين من حيث الدليل، لأن الدليل الذي اقتضى تقديم قول المشتري في الصورة الاولى هو بعينه يقتضي تقديم قول البائع في الصورة الثانية.

و الوجه الذي بموجبه كان المشتري منكرا هو بعينه يكون البائع به منكرا في الصورة الثانية.

و أما الوجه الثاني لتقديم قول المشتري في الصورة الاولى فهي أصالة عدم وصول حقه إليه.

و في الصورة الثانية إذا اجرينا هذا الاصل: و هو أصالة عدم وصول حقه إليه أيضا فقد خبطنا خبط عشواء.

كيف و في البين دعوى الزيادة على حقه؟

و هل هذا إلا الجمع بين المتنافيين؟

و هكذا قل في الوجه الثالث من وجوه تقديم قول المشتري فيما إذا ادعى النقيصة.

الفرع الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة، و وقوع العقد على الوصف المشاهد، و اختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه

(الثاني) (1): لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة، و وقوع

+++++

(1) اي الفرع الثاني من الفرعين الذين ذكرهما الشيخ في ص 343 بقوله: فرعان.

خلاصة هذا الفرع: أن البائع و المشتري لو اختلفا في تقدم التغير على البيع، و تأخره عنه مع اتفاقهما على التغير.

فإن كان المشتري مدعيا لتقدم التغير على البيع حتى يبطل البيع ليأخذ الثمن، لأن الاصل عدم تقدم البيع على التغير الذي هو الهزال مثلا فالقول قول المشتري فيثبت له الخيار.

و مرجع هذا الاصل إلى عدم وقوع البيع حالة السمن.

لكن لا اثر لهذا الاصل، لأن موضوع الحكم بجواز العقد امر وجودي: و هو وقوع العقد على الهزال، و هذا الاصل لا يثبت وقوع العقد على الهزال، إلا أنه افاد عدم وقوع العقد على السمن.

وإن كان مدعي تأخر التغير عن البيع البائع، ليستقر له البيع، و تصح المعاملة، ليستحق الثمن، لأن الاصل عدم تقدم التغير على المبيع فلا موجب للخيار، فالقول قوله فيقدم.

و مرجع هذا الاصل إلى أصالة بقاء السمن، و عدم وجود الهزال حالة البيع، فيكون البيع لازما يجب على المشتري الوفاء به.

لكن لا اثر لهذا الاصل و إن كان بقاء السمن امرا وجوديا لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه، و من أحكام انتقال ما عقد عليه إلى المشتري.

و من الواضح أن أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمن إلى المشتري، لأن الوصول ليس حكما شرعيا، بل هو امر خارجي و اللزوم مترتب على هذا الامر الخارجي فيكون الاصل من الاصول -

ص: 373

العقد على الوصف المشاهد، واختلفا في تقدم التغيير على المبيع (1)، لثبت الخيار، وتأخره عنه (2) على وجه لا-يوجب الخيار(1) تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع (3)، والتغيير (4) على صاحبه.

و حيث إن مرجع الاصلين (5) إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا، وأصالة (6) بقاء السمن، وعدم وجود الهزال حال البيع.

+++++

- المثبتة التي لا تكون حجة.

كما أن إجراء أصالة عدم تقدم البيع على التغيير كما يدعيه المشتري لا ينفي عدم وصول ما وقع عليه العقد إلى المشتري، لأن الوصول و العدم امر وجودي خارجي، لا شرعي، فالاصلان بلا اثر.

(1) كما يقوله المشتري وقد عرفت شرح هذا في الهامش 1 ص 373 عند قولنا: فالقول قول المشتري.

(2) كما يدعيه البائع، وقد عرفت شرح هذا في الهامش 1 ص 373 عند قولنا: فالقول قوله.

(3) اي تقدم البيع على التغيير كما يدعيه المشتري.

(4) اي تقدم التغيير على البيع كما يدعيه البائع.

(5) وهما: أصالة عدم تقدم البيع على التغيير كما يدعيه المشتري وقد عرفت.

و أصالة عدم تقدم التغيير على البيع كما يدعيه البائع وقد عرفت.

(6) بالجر عطفاً على مدخول (إلى الجارة) في قوله: إلى أصالة اي و مرجع الاصل الثاني الذي هو قول البائع إلى أصالة بقاء السمن، وإلى عدم وجود الهزال إلى حال البيع.

وقد عرفت هذا المرجع في الهامش 1 ص 373 عند قولنا: -

ص: 374

1-1- راجع الحاشية الجديدة في آخر هذا الكتاب

و الظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما (1) الحكم بالجواز و اللزوم لأن (2) اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه، و انتقاله (3) إلى المشتري، و أصالة (4) بقاء السمن لا يثبت وصول السمن إليه.

كما أن (5) أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه.

فالمرجع (6)

+++++

- و مرجع هذا الاصل.

(1) اي من الاصلين المذكورين في الهامش 4 ص 360، و الهامش 1 ص 361 و قد عرفت عدم ترتب الحكم بالجواز و اللزوم في الهامش 1 ص 373 عند قولنا: لكن لا اثر لهذا الاصل.

(2) تعليل لعدم ترتب الحكم بالجواز و اللزوم على شيء من الاصلين.

و قد عرفته في الهامش 1 ص 373 عند قولنا: لأن موضوع الحكم بجواز العقد.

(3) اي انتقال ما عقد عليه العقد.

(4) عرفت معنى هذا في الهامش 1 ص 373 عند قولنا:

و من الواضح أن أصالة.

(5) عرفت معنى هذا في ص 374 عند قولنا:

كما أن إجراء أصالة عدم تقدم البيع.

(6) الفاء تفريع على خبر إن في قوله في ص 374: و حيث إن مرجع الاصلين، اي فبناء على ما ذكرنا يكون المرجع عند تعارض الاصلين المذكورين في الهامش 4 ص 360، و الهامش 1 ص 361 إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه فيكون له الخيار.

و نظير ما نحن فيه هو ما إذا كان عندنا ماء قليل لاقى متنجسا -

ص: 375

إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما (1) في المسألة السابقة.

إلا (2) أن الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك (3) ناش عن الشك في نفس الحق، وهنا (4) ناش عن الشك في وصول

+++++

- و صار كرا، لكن شك في تقديم كريتته على الملاقات، أو في تقديم ملاقاته على الكرية.

فهنا إن لم يكن زمان كل واحد منهما معلوما فأصالة عدم تقدم الكرية معارض بأصالة عدم تقدم الملاقات فيكون الشك في بقاء نجاسة المتنجس

و أما إن كان مسببا عن الشك في تقدم الكرية على الملاقات، أو تأخرها عنها فيجري الاصل: اعني بقاء نجاسة المتنجس في المسبب دون السبب، لتعارض الاصل في السبب.

(1) اي الفرع الثاني كالفرع الاول في تقديم قول المشتري على قول البائع.

(2) اي لكن فرق بين الفرعين، حيث إن الشك في الفرع الاول إنما هو في وقوع العقد على السمن، أو الهزال فمآله حينئذ إلى الشك في اصل الحق، لأنه إذا وقع العقد على السمن فللمشتري حق الخيار لعدم وصول حقه إليه، فإن الذي وصل إليه هو المبيع المهزول.

نعم لو وقع العقد على المهزول فليس للمشتري حق الخيار.

و أما الفرع الثاني فإن صار المبيع بعد الرؤية سميئا و كان قبل العقد مهزولا فقد وقع العقد على المهزول و وصل حق المشتري إليه.

و إن كان المبيع قبل العقد سميئا ثم صار مهزولا بعد العقد فقد وقع العقد على السمين و لم يصل حق المشتري إليه.

(3) اي في الفرع الاول كما علمت آنفا.

(4) اي في الفرع الثاني.

ص: 376

الحق المعلوم.

(و بعبارة اخرى) الشك هنا (1) في وصول الحق، و هناك (2) في حقه الواصل، و مقتضى الاصل في المقامين عدم اللزوم.

و من ذلك (3) يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البائع بأن اتفاقا على مشاهدته مهزولا، و وقوع العقد على المشاهد، و حصل السمن و اختلفا في تقدمه على البيع، ليثبت الخيار للبائع.

+++++

(1) اي في الفرع الثاني في وصول الحق، لأن المتبايعين متفقان في التغيير، لكنهما مختلفان في التقدم و التأخر، فالشك في وصول الحق إلى المشتري.

(2) اي في الفرع الاول في وصول حق المشتري إليه، لأنهما مختلفان في التغيير، فالمشتري يدعي التغيير و البائع ينكره فيكون الشك في حق المشتري الواصل إليه.

هل هو هذا الموجود أم العين المشتملة على الصفة المفقودة؟

فالاصل عدم وصول حقه إليه فيكون القول قوله كما عرفت.

(3) اي و مما قلناه في الفرع الثاني: من أن المشتري لو ادعى الخيار يعلم حال البائع لو كان مدعيا للخيار.

فكل ما قلناه هناك: من جريان الاصول المذكورة و عدمه و أن القول قول المشتري يأتي هنا.

خذ لذلك مثالا.

لو اتفق البائع و المشتري على مشاهدة المبيع مهزولا و وقع العقد على هذا العنوان، و بعد العقد ادعى البائع أن المبيع صار سميئا قبل البيع و انا لا اعلم به فالخيار لي.

و ادعى المشتري أن السمن صار بعد العقد و وقع في ملكي فليس -

ص: 377

فافهم (1) و تدبر، فإن المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه.

و لو وجد (2) المبيع تالفا بعد القبض (3) فيما يكفي في قبضه

+++++

- لك الخيار في ذلك.

فهنا يمكن إجراء أصالة تأخر البيع عن السمن فيكون القول قول البائع فيقدم.

و يمكن إجراء أصالة تأخر السمن عن البيع فيكون القول قول المشتري فيقدم.

لكن لا اثر لهذين الاصلين، لأنهما لا يثبتان اللزوم و الجواز، لعين الملاك الموجود في صورة ادعاء المشتري.

وقد عرفت عدم تأثير الاصلين و كيفية عدم اثباتهما اللزوم و الجواز في ص 361 فراجع هناك.

(1) لعل الامر بالتفهم و التدبر في محله جدا، لأن مطالب الفرعين كما عرفت أيها الطالب الذكي في مطاوي الشروح من أصعب المطالب العلمية التي مرت عليك في (المكاسب) من البداية إلى هذا المقام.

و لعمر الحق لقد اتعبنى الفرعان، و اخذا من وقتي في الليل و النهار أكثر من ساعات و أيام، و لذا افاد الشيخ قدس سره:

إن المقام لا يخلو من إشكال و اشتباه.

(2) اي المشتري وجد المبيع تالفا.

(3) تقييد وجدان المبيع بما بعد القبض لاجل أن لا يكون ضمان على البائع، لأن المبيع إن كان تالفا قبل القبض فتلفه على البائع.

كما أن المبيع لو تلف في زمن خيار المشتري في الخيارات الزمانية يكون تلفه على البائع و لو كان التلف بعد القبض.

ص: 378

التخلية، و اختلفا (1) في تقدم التلف على البيع و تاخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة (2) عدم تأثير البيع.

وقد يتوهم (3) جريان أصالة صحة البيع هنا، للشك في بعض شروطه؛ وهو وجود المبيع.

وفيه (4) أن صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر

+++++

(1) اى البائع و المشتري: بأن ادعى المشتري تقدم التلف على القبض، ليكون التلف من مال البائع فالاصل هنا بقاء ملك المشتري على الثمن.

(2) تعليل لبقاء ملك المشتري على الثمن.

و المراد من الاصل هنا الاستصحاب.

و خلاصته أن البيع بنفسه لم يخرج المبيع عن الضمان للمشتري، بل بعد إقباضه إليه سالما يخرج عن ضمان البائع له.

فاذا شككنا في حصول قبض المبيع سالما فنستصحب عدم تأثير البيع في إخراج المبيع عن عهدة ضمان البائع له.

(3) خلاصة هذا التوهم أن البيع قد وقع، لكن المشتري يقول بفساده، و عدم تأثيره، لعدم وجود شرط الصحة: و هو كون المبيع غير تالف، و البائع يدعي الصحة.

و من المعلوم أن قول مدعي الصحة مقدم على مدعي الفساد.

(4) هذا جواب عن التوهم.

و خلاصته: أن وجود المبيع عند العقد من الأركان، لا من الشروط فاذا لم يكن المبيع الشخصي موجودا حين العقد فلا يقع العقد اصلا و ابدا لأنه لا تأثير عقلا لشيء معدوم في الواقع في تمليك العين فإن -

شرعا، فاذا فرضنا أنه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلا في تملك العين، لأن تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، ولا على قصد تملك بدله مثلا أو قيمة غير معقول

و مجرد انشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم، دون الجهل بالحال.

فاذا (1) شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم، لأن (2) التملك الحقيقي غير متحقق و الصّورى و إن تحقق لكنه ليس بفاسد، إذ اللغو فاسد عرفا أى قبيح إذا صدر عن من علم بالحال.

+++++

- تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، ولا على قصد تملك بدله مثلا، أو قيمة غير معقول بمجرد انشائه باللفظ، لأنه لغو عرفا فيقبح مع العلم به، لا مع الجهل.

و الحاصل أن العقد لم يقع أصلا إذا لم يكن المبيع الشخصي موجودا حين العقد، لا أنه يقع فاقدا لبعض شروطه.

(1) الفاء تفرّيع على ما افاده: من أن العقد على الشيء المعدوم لا تأثير له عقلا، وأن العقد لا يقع أصلا.

و خلاصته أنه في صورة الشك في وجود العين حين صدور العقد لا يلزم من الحكم بعدم وجود العين صدور فعل فاسد من المسلم حتى يقال: إن المسلم بما أنه مسلم لا يصدر منه الفعل الفاسد، فما يصدر عنه لا بد أن يكون صحيحا، لحمل فعله على الصحة.

(2) تعليل لكون ما يصدر من المسلم لا يلزم أن يكون فاسدا.

و خلاصته: أن التملك الحقيقي غير صادر من المسلم، لأنه في صورة الشك في وجود العين لا يمكن إنشاء تملك العين جدا و جزما لعدم قابلية المعدوم للتملك.

و بالجملة (1) الفاسد شرعا الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع، فافهم هذا (2)، فإنه قد غفل عنه بعض (3) في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه في البيع، و تاخيره عنه، حيث تمسك بأصالة صحة

+++++

- و أما التمليك الصوري فهو و إن كان ممكنا، لكنه لغو عند العقلاء و ليس بفاسد، لأن الفاسد هو العقد الذي تحقق وجوده، لكن بعض شرائطه مفقود فلم يمضه الشارع، لفقدان هذا البعض.

(1) اي خلاصة الكلام في هذا المقام أن التمليك الفاسد شرعا و الذي يتنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقي الذي قصده البائع و الذي لم يمضه الشارع، لا ما كان صوريا و لغوا عرفا.

(2) اي تبصر و تفهم و تعقل هذا المطلب الدقيق، فإنه دقيق جدا محتاج إلى التفهم و التبصر، و قد ذكر الشيخ وجه الامر بالتفهم بقوله: فإنه قد غفل عنه بعض:

(3) هذا البعض هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره، فإنه افاد في هذا المقام ما نصه.

إلا أنه يعارض ذلك أصالة الصحة في رجوعه، ضرورة كونه فعلا من أفعال المسلم الذي ينبغي حملها على الصحة التي هي هنا الحكم بكونه (1) قبل البيع حتى يؤثر فسادا فصحيحة ذلك، و فاسده الواقع بعد البيع، لعدم تأثيره، إذ ليس معنى الفساد و الصحة إلا ترتب الاثر و عدمه.

راجع (جواهر الكلام) الطبعة الحديثة الجزء 25، ص 267.

ص: 381

1- اي بكون رجوع المرتهن عن اذنه للبيع وقع قبل البيع.

الرجوع عن الاذن، لأن (1) الرجوع لواقع بعد بيع الراهن كان فاسدا، لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه.

نعم (2) لو تحققت قابلية التأثير عقلا، أو تحقق الانشاء الحقيقي عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير، و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة، أو قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو، أو صالحه اياه بقصد حصول اثر الملك في بدله تحقق مورد الصحة و الفساد، فاذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شك في أن العقد الخارجي منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

+++++

(1) تعليل لغفلة (الشيخ صاحب الجواهر).

و خلاصته أنه إذا شككنا في وجود المرهون حال رجوع المرتهن عن الاذن يكون مآل الرجوع إلى أنه.

هل للرجوع موضوع أم لا؟

فاذا لم يكن له موضوع فالرجوع يكون لغوا، لعدم مصادفة الرجوع محلا يؤثر فيه.

(2) هذا كلام الشيخ الانصاري و هو استدراك عما افاده من أن التملك الفاسد شرعا، و الذي يتنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي،

لا ما كان سوريا و لغوا عرفا.

و قد ذكر الاستدراك فلا نعيده.

ص: 382

(1) البحوث

(2) التعليقات

(3) الآي الكريمة

(4) الأحاديث الشريفة

(5) الأعلام

(6) الأماكن والبقاع

(7) الشعر

(8) الكتب

(9) الخطأ والصواب

ص: 383

1 - (فهرس البحوث)

ص الموضوع

الإهداء

9 خروج الملك بالرهن عن كونه ملكا طلقا

11 المراد من معقد الاجماع والأخبار

13 الكلام في صحة بيع الراهن

15 في تضعيف كلام صاحب المقاييس

17 ما افاده صاحب المقاييس في بيع الرهن

19 ما اورده على نفسه صاحب المقاييس

21 ما افاده صاحب المقاييس حول بيع الرهن

25 ما اورده شيخنا الانصاري على صاحب المقاييس

31 دليل آخر لبطلان بيع الراهن الرهن

33 الجواب عن التنظير الذي افيد

35 كاشفية الاجازة في الفضولي ملازمة للاجازة في الرهن

37 هل الاجازة تنفع بعد الرد

39 عدم لزوم العقد بفك الرهن

40 نظرية الشيخ حول بيع الراهن الرهن

ص الموضوع

43 بطلان قياس بيع الرهن بنكاح العبد

45 بيع الرهن نظير بيع الفضولي

47 المراد من لزوم الوفاء بالعقد عدم جواز نقصه

49 قولان في صورة امتناع الراهن البائع عن فك الرهن

51 صحة بيع العبد الجاني جناية موجبة لقتله

53 الفرق بين العبد الجاني وبين العبد المريض

55 أقوال الفقهاء في العبد الجاني

57 مراد شيخ الطائفة من الملك

59 في جناية العبد خطأ

61 فيما افاده العلامة حول جناية العبد خطأ

63 القدرة على التسليم من شروط العوضين

65 في الحديث المستدل على تفسير الغرر

67 ذكر أقوال اللغويين في تفسير الغرر

69 فيما افاده صاحب الجواهر في معنى الغرر

ص: 385

71 احتمال و دفعه

73 ما افاده السيد المرتضى

75 في تفسير الغرر لغة و شرعا

77 في النسبة بين الغرر و الجهل

79 في المعاني المترتبة على الغرر

81 ما افاده الشهيد الأول في معنى الغرر

83 ما افاده علماء اخواننا السنة في عدم تعين الأثمان بالتعيين

85 في رد الشهيد على ما افاده علماء إخواننا السنة

87 ما افاده شيخنا الصدوق حول فساد بعض المعاملات

89 في أخصية الدليل من المدعى

91 في المعاني المستفادة من لفظة عند الواردة في الحديث النبوي

93 في الايراد على عدم دلالة الحديث على المدعى

95 عدم وجود رجحان للتخصيصات المذكورة

97 في الرد على الاستدلال بوجوب القدرة على التسليم

99 فيما افاده السيد بحر العلوم

101 في الاستدلال بوجه آخر على وجوب القدرة على التسليم

103 في أن القدرة على التسليم شرط

105 ما افاده الشيخ صاحب الجواهر في القدرة على التسليم

107 ما اورده شيخنا الانصاري على ما افاده صاحب الجواهر

109 عدم ترتب ثمرة على الشك الموضوعي أو الحكمي أو غيرهما

111 ما اورده شيخنا الانصاري على ما افاده صاحب الجواهر

113 في الفروع المتفرعة على القول بوجوب القدرة على التسليم

115 بيع الرهن قبل اجازة المرتهن كبيع الفضولي

117 خلاصة الكلام في تعذر التسليم

119 في أن الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل

121 امكان القول باعتبار القدرة على التسليم

123 لا يكون المنفي في الحديث النبوي كل معاملة فيها الغرر العرفي

125 منشأ الخلاف في مسألة بيع الصرف و السلم

ص: 386

127 مراد المحقق في النافع

129 إشكال من الشيخ على تفسير الغرر بالخديعة

131 ما افيد في نهاية الأحكام

133 ما افاده المحقق في الشرائع حول ما لا يوثق حصوله

135 في عدم اعتبار قدرة العاقد اذا كان وكيلًا في العقد

137 في التفريع الذي افاده السيد بحر العلوم

139 جواب السيد بحر العلوم عن الإشكال

145 ما اورده الشيخ على أجوبة السيد بحر العلوم

147 في عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا

149 تأييد من الشيخ لما افاده الشهيد

151 توجيه كلام العلامة محتاج الى تأمل

153 هل يلحق الصلح بالبيع

155 وهم و الجواب عنه

157 عدول الشيخ عما افاده في العبد الضال

159 الحكم بصحة البيع مراعا بالتسليم لا يرفع الغرر

161 تمايل الشهيد إلى جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع

163 الحديث الوارد في الجارية الآبقة

165 عدم جواز جعل الآبق جزء من الثمن

167 عدم استفادة صحة بيع الضميمة، مستقلة من الحديث

- 169 ما ذكره صاحب كاشف الرموز
- 171 في حكم الضميمة إذا تلفت بعد تلف الآبق
- 173 لو وجد المشتري عيبا سابقا في العبد الآبق
- 175 في اشتراط العلم بمقدار الثمن
- 177 التأويل متعين في صحيحة رفاعه
- 179 عدم جواز التمسك بصحيحة رفاعه على صحة بيعه
- 181 في الصور المحتملة لقول الامام عليه السلام
- 183 في أضعفية ما افاده الاسكافي
- 187 في الحديث الوارد في اشتراط العلم بقدر المثلث
- 189 حكم الامام بعدم تصديق البائع
- 191 الاستدلال بصحيحة سماعه على اشتراط العلم بقدر المثلث
- 193 الاستدلال بمرسلة ابن بكير

195 الغرر الشخصي لا يكون ملاكاً في عدم جواز البيع المذكور

197 كفاية اندفاع الغرر بغير التقدير

199 عدم المعرفة بوزن الدينار أو الدرهم لا يعد غرراً

201 تقرير الامام جواز كيل المعدود اذا تعذر عدده

203 المناط في اعتبار تقدير المكيل و الموزون و المعدود

205 قصور رواية وهب سنداً و دلالة

207 أقسام بيع المكيل بالوزن و الموزون بالكيل

209 استدلال العلامة برواية عبد الملك

211 في جواز البيع اذا كان التفاوت بما لا يتسامح به

213 كفاية الكيل في الموزون لا يخلو عن إشكال

215 منافية تقرير الامام لكفاية الكيل أو الوزن في المعدود

217 المراد من قول الفقهاء في المكيل ص الموضوع

و الموزون

219 اعتبار الكيل و الوزن فيما باع بهما في زمن الشارع

221 ما اورده شيخنا الانصاري على الشيخ صاحب الجواهر

229 في رفع التنافي

231 هدم من شيخنا الانصاري لما أفاده

233 عدم دليل على اعتبار الكيل و الوزن في الموارد المشكوكة

235 ما افاده المحقق الثاني حول المكيل و الموزون

237 كلام حول الأقارير و الأيمان

239 ما اورده شيخنا المحدث البحراني على المحقق الاردبيلي

241 ما اورده شيخنا الانصاري على المحدث البحراني

243 اختلاف الفقهاء فيما اذا كانت الأوزان و المكايل مختلفة

245 المدار فيما لا اجماع فيه هو بناء العرف

247 كفاية المشاهدة فيما لا يعتبر في مالية الشيء التقدير

249 بلد المبيع هو المعتبر في مكيلية الشيء

ص: 388

ص الموضوع

و موزونيته و معدوديته

251 الغريباء مثل اهل المدن في ايقاع العقد

253 في طريقة إخبار البائع للمقدار

255 وهم و الجواب عنه

257 مغايرة الموجود الخارجي مع عنوان العقد مغايرة حقيقية

259 ما افاده المحقق الثاني في بيع الصرف

261 في بيع الثوب و الارض

263 ترتب الثمرة على ثبوت الخيار

265 في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

267 في المراد من بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

269 في الأدلة القائمة على منع بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

271 ما افاده شيخ الطائفة في بيع عبد من العبدین

273 ما افاده فخر الاسلام في الايضاح

275 نظرية الشيخ حول بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

277 ما افاده الشيخ كاشف الغطاء حول بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

ص الموضوع

279 استحسان شيخنا الانصاري ما افاده الشيخ كاشف الغطاء

281 نظرية شيخنا الانصاري حول ما افاده العلامة

283 الوجه الثالث من بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

285 إشكال و الجواب عنه

291 متابعة بعض المعاصرين فيما افاده فخر الاسلام

293 جواب آخر من شيخنا الانصاري عن الوجه الثاني

295 في بيع صاع من صبرة

297 في الرد على الاستدلال الاول

299 في امور تنفرع على القول بكون المبيع كليا

301 من الامور المتفرعة على القول بكون المبيع كليا

303 بقاء المبيع على كليته ما لم يقبض

305 الإشكال على ما ذكره الفقهاء

307 فيما افيد نظر وإشكال

309 الطريقة الثانية للتفصي من العويصة

311 في الرد على الشيخ صاحب الجواهر

ص: 389

313 في الرد على ما افاده صاحب مفتاح الكرامة

315 رد آخر على صاحب مفتاح الكرامة

317 امكان عدم القول بالاشاعة في الأبطال المستثناة

319 المتبادر من الكلبي عند اطلاقته هو الكلبي المشاع

321 نسبة التالف إلى المتبايعين على حد سواء

323 الأقسام العشرة في بيع الصبرة

333 ما افاده الشهيدان في اللمعة و الروضة

335 إشكال و الجواب عنه

337 الإشكال على ما افاده صاحب الكفاية

339 في صور بيع عين لو شوهدت في زمن سابق على العقد

341 وهم و الجواب عنه

343 فرعان

345 اختلاف البائع و المشتري في تغير المبيع

347 الرد على الدليل الاول

343 الرد على الدليل الثاني

351 الرد على الدليل الثالث

353 في الأوصاف الملحوظة حين مشاهدة المبيع

355 لا توجد دعويان عند النزاع في التغير

357 معارضة الاصل المذكور باصل آخر

359 دعوى و الجواب عنها

361 فساد التمسك بأصالة اللزوم

363 لا فائدة في التمسك بالعمومات على لزوم العقد

365 سبب الخيار هو عدم وفاء البائع بالعقد

367 مخالفة ما في المبسوط و السرائر و الدروس لأصالة اللزوم

369 مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة

373 الفرع الثاني

375 عدم ترتب الجواز و اللزوم على الاصلين المذكورين

377 فرق بين الشك في الفرع الاول و الثاني

379 توهم جريان أصالة صحة البيع هنا

381 خلاصة الكلام في المقام

ص: 390

2 - (فهرس التعاللق)

ص الموضوع

- 10 الأقوال الاربعة في بيع الراهن الرهن
- 10 راي الشيخ حول بيع الراهن الرهن
- 10 المراد من العمومات السلمة عن المعارض
- 11 المراد من الاجماع المذكور و الأخبار
- 12 وهن الأخبار المذكورة في قبال قول جمهور الفقهاء
- 13 دليل آخر و خلاصته
- 14 ما اورده شيخنا الأنصاري على ما افاده العلامة
- 15 أدلة صاحب المقابيس
- 16 اشتمال الدليل الثالث على قياس منطقي من الشكل الاول
- 17 ما اورده شيخنا الانصاري على المحقق التستري
- 18 إشكال من المحقق التستري و خلاصته
- 19 تفريع على ما افاده المحقق التستري
- 20 المسائل الثلاث
- 21 احتياج المالك في بيع ملكه الى امرين
- 21 المراد من التملك

ص الموضوع

- 22 من متممات كلام المحقق التستري
- 22 تحقيق حول الحديث الوارد في العبد
- 23 تعليل و خلاصته

24 من متممات كلام المحقق التستري

25 من متممات كلام المحقق التستري

25 رد شيخنا الانصاري على ما افاده المحقق التستري

26 ايرادان على المحقق التستري من الشيخ الانصاري

26 تعليل و خلاصته

28 المراد من العمومات

29 رد و خلاصته

29 رد آخر و خلاصته

31 تعليل و خلاصته

31 من متممات دليل التخييل

32 تنظير من المتخييل و خلاصته

32 جريان الإشكال لو لم يلتزم القائل بالكشف بما قلناه

33 جواب عن التنظير و خلاصته

33 لزوم الإشكال المذكور مبني على

ص: 391

ص الموضوع

كون الاجارة كاشفة

34 المراد من الفحوى

35 اعتذار من القائل بوقوع العتق في الرهن

36 جواب عن الاعتذار

36 دفع عما افيد في الايقاعات

38 الفرق بين اجازة المرتهن وفك الرهن من قبل الراهن

38 وجه الفرق و خلاصته

38 كلام حول السقوط و الإسقاط

39 دليل آخر على عدم لزوم العقد بالفك

40 الحديث الوارد عن معاوية بن وهب

41 نظرية الشيخ الانصاري حول بيع الراهن الرهن

42 عدم مجال للاستصحاب

43 خلاصة الكلام في المقام

44 استدراك و خلاصته

46 استدراك و خلاصته

47 تفريع

47 مقصود الشيخ و خلاصته

55 استظهار و وجهه

57 نص الحديث الاول و الخامس

ص الموضوع

59 راي شيخنا الانصاري حول جناية العبد خطأ

59 المراد من القواعد

62 وجه التأمل

62 حكم رجوع المشتري الى البائع مثل حكم قضاء الدين عن العبد

64 وهم و الجواب عنه

65 دليل آخر على أن عدم القدرة على التسليم بيع غرري

65 عدم العثور على مصدر الحديث المذكور

65 ذكر الحديث في الجواهر و المصاييح و المكاسب بعبارات مختلفة

65 خدش مع الأعلام

68 وهم و الجواب عنه

68 دفع الوهم بطريق آخر

69 الجمع بين التفاسير الواردة في معنى الغرر

69 خلاصة ما افاده الشيخ صاحب الجواهر

70 تعليل من صاحب الجواهر و خلاصته

70 ما اورده شيخنا الانصاري على صاحب الجواهر

ص: 392

ص الموضوع

71 وهم و الجواب عنه

72 دليل آخر على اشتراط القدرة على التسليم

72 الانتصار و مؤلفة

73 تعليل و خلاصته

74 الفرق بين تفسير الشهيد الغرر، و بين تفسير صاحب الجواهر

74 تأييد من شيخنا الانصاري لما افاده صاحب الجواهر

74 ما ورد في القرآن المجيد مطابق لتفسير الغرر

75 بين الغرر و الجهل من النسب الاربع

75 مادة الافتراق من جانب الجهل

76 مادة الافتراق من جانب الغرر

76 مادة الاجتماع بين الغرر و الجهل

77 أمثلة متعددة لتعلق الغرر و الجهل بالقدر

78 تعلق الغرر و الجهل بالبقاء من حيث المدة

78 اشتراط بد و الصلاح عند العقد غرر

78 عدم مدخلية الغرر في مالية الشيء لا يعد غررا

ص الموضوع

69 مثال ثالث لما لا مدخلية له في مالية العوضين

79 تردد الغرر بين ماله دخل في مالية العوضين و بين ما ليس له دخل في ذلك

80 موارد أربعة ذكرها الشهيد للغرر المررد بين ذاك و ذاك

80 نص عبارة الشهيد في اللمعة

81 المورد الثالث و الرابع من الموارد الاربعة

81 نص عبارة الشهيد في اللمعة

81 ما افاده الشهيد حول معنى الغرر لغة و عرفا و شرعا

82 ما اورده شيخنا الانصاري على ما افاده شيخنا الشهيد حول معنى الغرر

83 ما افاده علماء اخواننا السنة حول الغرر من الشكل الاول

84 إشكال شيخنا الشهيد على الشكل الاول

84 إشكال شيخنا الانصاري على ما افاده الشهيد الاول منطوقا و مفهوما

ص: 393

85 ترتب موارد ثلاثة على مفهوم كلام الشهيد

86 المورد الثالث

86 ترق من الشيخ الانصاري

86 نظرية شيخنا الانصاري و خلاصتها

87 اعتراض شيخنا الانصاري على ما افاده شيخنا الصدوق

88 توجيه من شيخنا الانصاري لما افاده شيخنا الصدوق

88 أخصية الدليل و أعمية المدعى

90 احتمالات أربعة لكلمة عند الواردة في الحديث

91 إشكال على الاحتمال الثالث لكلمة عند

92 احتمال الرابع لكلمة عند الواردة في الحديث

92 وهم و الجواب عنه

94 تفریع

94 المراد من الظاهر و من خلاف الظاهر

95 وجه عدم الرجحان

96 استدلال آخر على اشتراط القدرة على التسليم

98 إشكال من السيد بحر العلوم على الاستدلال الآخر

99 اعتراض من السيد بحر العلوم على نفس الاشتراط

99 جواب من السيد بحر العلوم على الاعتراض المذكور

100 إشكال شيخنا الانصاري على اصل الاعتراض

101 دليل آخر على عدم اشتراط القدرة على التسليم

101 استدلال آخر على اشتراط القدرة المذكور في المصايح

102 تضعيف هذا الاستدلال كما في المصايح

102 استدلال آخر على اشتراط القدرة في التسليم ذكره السيد بحر العلوم في مصايحه

102 إشكال من شيخنا الانصاري على هذا الاستدلال

104 تفريع على ما افاده صاحب الغنية

105 ثمرة النزاع

105 ما افاده الشيخ صاحب الجواهر

ص: 394

- 106 استظهار صاحب الجواهر من الاختلاف المذكور عدم اشتراط القدرة على التسليم
- 106 إشكال شيخنا الانصارى على الاستظهار المذكور
- 107 تنازل من شيخنا الانصارى و خلاصته
- 108 كلام حول الشك الموضوعي و الحكمي
- 109 عدم الفرق بين القول بشرطية القدرة و بين القول بوجود المانع في صورة معلومية الحالة السابقة و عدمها
- 109 مثال للشك الحكمي
- 110 مثال للشك الموضوعي المصداقي
- 110 خلاصة الكلام في اشتراط القدرة على التسليم
- 111 إشكال من شيخنا الانصارى على ما افاده الشيخ صاحب الجواهر
- 113 الملاك في صحة البيع و بطلانه
- 113 فروع أربعة مترتبة على عدم اعتبار القدرة على التسليم
- 113 الفرع الاول و الثاني
- 114 الفرع الثالث و الرابع
- ص الموضوع
- 114 إشكال من شيخنا الانصارى على الفرع الرابع
- 115 بيع الرهن مثل بيع الفضولي
- 115 من فروع عدم اعتبار القدرة على التسليم
- 115 تعليل و خلاصته
- 116 مطلب آخر و خلاصته
- 117 تعليل و خلاصته

118 عبارة اخرى

119 تفریع

120 عدم اعتبار القدرة على التسليم حال وقوع الرهن

120 استثناء من عدم اعتبار القدرة على التسليم

121 وجه صدق الغرر عرفا

122 تعليل و خلاصته

122 إمكان الحكم بفساد بيع الفضولي مال الغير لنفسه

123 إشكال من المحقق الايرواني على ما افاده شيخنا الانصاري

123 استثناء من الاستثناء و خلاصته

125 ما افاده المحقق المامقاني في وجه التأمل

ص: 395

126 منشأ الاختلاف في اعتبار القدرة على التسليم من الفاضل القطيفي

126 تفریع ما افاده الفاضل القطيفي

127 كلام الفاضل القطيفي

128 كلام الفاضل القطيفي

128 ما اورده شيخنا الانصارى على ما افاده الفاضل القطيفي

129 تفریع

129 إشكال و خلاصته

130 كلام شيخنا الانصارى في صحة بيع العبد الآبق لو تمكن المشتري من تسلمه في الخارج

131 إشكال من الشيخ الانصارى على ما افاده العلامة

132 جواب آخر من الشيخ الانصارى على ما افاده العلامة

133 تعليل و خلاصته

133 تعليل للاجماع المدعى

133 كلمة نعم استدراك من نفي الغرر

134 تعليل

134 وجه التقييد بالأقراء

136 خلاصة معنى عبارة الشيخ الانصارى

137 المقيد هو السيد بحر العلوم

137 تفریع من السيد بحر العلوم

137 وهم و الجواب عنه

137 تعليل لتأثير قدرة المالك

139 على فرض التنازل نقول

139 صلة لكلام السيد بحر العلوم في مصابيح

140 تحقيق حول كتاب المصاييح و عظمته من شتى جوانبه

142 في الاعتراض على اسرة السيد بحر العلوم حول كتاب المصاييح

142 في الاستفادة من النسخة الخطية

143 ايراد شيخنا الانصارى على ما افاده السيد بحر العلوم

144 إشكال آخر من الشيخ الانصارى على ما افاده السيد بحر العلوم

144 إشكال ثالث من الشيخ الأنصارى على ما افاده السيد بحر العلوم

144 إشكال رابع من الشيخ الانصارى على ما افاده السيد بحر العلوم

144 إشكال خامس من الشيخ الانصارى

ص: 396

على ما افاده السيد بحر العلوم

145 إشكال سادس من الشيخ الانصاري على ما افاده السيد بحر العلوم

148 ما افاده الشهيد حول بيع العبد الآبق في اللمعة

148 لعل مبنى الشهيد من منع بيع العبد الآبق هو النصّ والاجماع

149 تأييد من شيخنا الانصاري لما افاده في وجه المنع

150 المراد من الفقرات الثلاث

151 التنافي الموجود بين الفقرتين الاخيرتين

151 التنافي بين الفقرة الاولى والثانية، وبين الفقرة الاولى والثالثة

151 توجيه كلام العلامة لارتفاع التنافي محتاج إلى التأمل الدقيق

152 دليل لعدم الحاق الصلح بالبيع

152 من متممات الدليل المذكور

152 من متممات الدليل المذكور

152 دليل لا لحاق الصلح بالبيع

152 ترق من الشيخ

153 هدم من شيخنا الانصاري لما بناه

155 رد على من ادعى الغرر في بيع ص الموضوع

الضال والمحجور

155 وهم

156 جواب عن الوهم المذكور

156 وهم والجواب عنه

157 بناء من شيخنا الانصاري لما هدمه

158 رد على ما افاده آنفا

160 من متممات الحكم الشرعي

160 لزوم الغرر لو قلنا بمنع اطلاق الغرر

161 عدم ورود الايراد على جواز بيع العبد الآبق

162 وجه الإنكار على فقهاء علماء اخواننا السنة

162 وجه الإشكال

163 ظاهر السؤال و جواب الامام

164 تفریع

165 تعليل و خلاصته

166 يعتبر في الضميمة شينان

166 استثناء و خلاصته

167 وجه الامر بالتأمل

167 تفریع

169 لقوله عليه السلام احتمالات ثلاثة

169 منشأ الإشكال امران

ص: 397

170 كلام في ضمان البائع للعبد

171 كلام في تلف الضميمة لو اتلف المشتري العبد الآبق

172 العقد على الضميمة سبب لصحة العقد على العبد الآبق

172 دليل انفساخ العقد

172 تفریع

173 ظهور حكم فسخ العقد من جهة الضميمة

174 ما افاده الشهيد في اللمعة

175 تأييد لاشتراط العلم بالثمن قدرا

176 كلام حول الارش

177 تعليل لتعين التأويل و خلاصته

178 ما افاده المحقق المامقاني و الاصفهاني

178 إمكان رفع المنافاة

179 تفریع

179 بيان التأويلات الزائدة

180 احد التأويلات

180 المراد من قطع المساومة

180 بيان كيفية قطع المساومة

181 أي شيء قيل حول صحیحة رفاة النّحاس

183 نصّ عبارة الإسكافي

183 رد على ما افاده الإسكافي

184 وهم و الجواب عنه

184 كلام حول عبارة الشيخ الانصاري

187 محل الاستشهاد من كلام الامام

187 الايراد على الاستدلال بالصحيحة

188 تعليل

188 مقصود الشيخ الانصاري و خلاصته

189 وجه الامر بالتأمل

189 حكم الامام محمول

189 حكم الامام لا يكون محمولا على شراء المشتري

190 لشراء الطعام من البائع صورتان

190 وهم و حاصله

191 الجواب عن الوهم

191 وجه الأوضحية

192 الأحاديث الواردة على عدم صحة بيع ما يكال جزافا

193 كلام حول مرسلة ابن بكير

194 نص الحديث الوارد عن الامام أبي عبد الله

ص: 398

195 الغرر الشخصي لا يكون ملاكاً في عدم جواز بيع ما يكال جزافاً

195 اعتبار ذكر الثمن و تعيينه في البيع

196 مثال لعدم وجود الغرر في شخص البيع

196 عدول شيخنا الانصاري عما افاده

197 أمثلة لتوقف رفع الغرر على التقدير

197 عدم المنافاة بين كون الشيء من المكيل أو الموزون.

و بين عدم مدخلية الكيل و الوزن في ذلك الشيء

198 تحقيق حول كلمة زبرة

200 تحقيق حول كون الناقص موجبا لتفاوت القيمة و عدم كونه موجبا

101 عدول من الشيخ الأنصاري عما افاده

202 الغرض من تمثيل الجوز و البيض

203 المراد من الأحاديث

204 الأقوال الثلاثة في جواز بيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالمكيل

205 رد على ما افاده الشهيد في الدروس

206 بيع المكيل بالوزن و الموزون بالمكيل ص الموضوع

على قسمين

207 جواز بيع القسم الاول

208 في تأييد رواية عبد الملك و وجه التأييد

209 رد من شيخنا الانصاري على الاستدلال الثاني للعلامة

209 توجيهه للتعذر الوارد في كلام العلامة

210 إشكال آخر من شيخنا الانصاري على العلامة

210 استدراك و خلاصته

212 ايراد المحقق الايرواني على شيخنا الانصاري

213 توجيه كلام شيخنا الانصاري لدفع الايراد المذكور

214 منافاة القول بكفاية الكيل أو الوزن إذا صار احدهما طريقا إلى معرفة الآخر

214 منافاة صحيحة الحلبي لكفاية الكيل أو الوزن إذا كان احدهما طريقا إلى الآخر

215 ما قواه الشهيد الثاني في الروضة

217 تفریع

ص: 399

217 تعليل

217 المقصود من قول الفقهاء

218 ما افاده شيخنا الانصاري من ذكر كبرى كلية في المقام

219 نقل أقوال الفقهاء في صغريات تلك الكبرى الكلية

219 تفرع

220 نص عبارة المحقق الاردبيلي

221 ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر

222 خلاصة كلام جلّ الفقهاء

224 عدم اختصاص المكيل و الموزون بالربا

226 المناط في مكيلية الشيء أو موزونيته

228 النهي المتقدم ينافي القول بأن المدار في مكيلية الشيء أو موزونيته ما كان مكيلا أو موزونا في عهده

229 اعطاء الشيخ الانصاري قاعدة كلية حول مكيلية الشيء أو موزونيته

230 إشكالان على مكيلية الشيء أو موزونيته

231 الإشكال الثاني

233 تعليل و خلاصته ص الموضوع

233 إشكال من شيخنا الانصاري على كلام جماعة من الفقهاء

235 تفرع و تعليل

236 دليل ثان لعدم تأثير التغير الطاري

237 مقصود الشيخ الانصاري

239 كلام حول ما يسجد عليه

241 استدراك و خلاصته

242 وجه الامر بالتأمل

243 المسائل الثلاث 243 تحقيق حول المكيل و الموزون و ما يصح السجود عليه

246 تحقيق حول الملاقيح و المضامين

247 تحقيق حول الملامسة و الحصاة و المنابذة

247 تفسير آخر لبيع الحصاة

249 إذا كان الشيء في بلد البائع يكال و في بلد المشتري يوزن

251 الغرباء مثل اهل المدن

252 وجه عدم الجواز في صورة إخبار البائع

254 استدراك و خلاصته

254 وهم

ص: 400

255 الجواب عن الوهم

255 النسبة بين الأخبار وبين الحديث النبوي

256 رد على صاحب جامع المقاصد

257 وجه التأمل

258 تفریع على الامر بالتأمل

258 استرجاع حصة معينة من الثمن تجاه النقصان

262 تحقيق حول الطول و الكرباس و الجريب

264 تعليل و خلاصته

267 تحقيق حول الكسر

268 تأييد و وجهه

268 وجه الصحة

268 استدلال رابع و خلاصته

269 المراد من المقدمتين

273 كيفية رد فخر المحققين مقالة من حمل الصاع على الكلي

273 في أن الملكية امر اعتباري

275 نظرية الشيخ في بطلان بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

276 دليل بطلان بيع جزء معين لا على ص الموضوع

التعيين

276 دليل بطلان بيع الكلي لا على نحو الإشاعة

277 ذهاب الشيخ كاشف الغطاء إلى عدم الملازمة بين الغرر الشرعي و العرفي

278 و ذهابه أيضا إلى عدم الملازمة بين الغرر العرفي و الشرعي

278 بين الغرر الشرعي و العرفي العموم و الخصوص من وجه

279 استحسان شيخنا الانصاري ما افاده الشيخ كاشف الغطاء

280 استحسان شيخنا الانصاري ما افاده العلامة في التذكرة

281 رد من شيخنا الانصاري على ما افاده العلامة في التذكرة

281 نظير المسألة ما ذكره شيخنا الانصاري في المكاسب في الجزء 2 ص 431

282 رد آخر على ما افاده العلامة في التذكرة

283 الإشكال على ما افاده المحقق التستري

283 ما افاده المحقق الكركي في الفرق

ص: 401

ص الموضوع

بين الصورتين

284 خلاصة كلام صاحب الايضاح

287 تحقيق من المحقق الخونساري حول الجزء الذي لا يتجزى على رأى القدامى

288 ما افاده الحكيم المتاله السبزواري في منظومته حول الجزء

289 ذكر بيتين عن احد الشعراء الظرفاء حول الجزء

291 رد الوجه الاول

292 ردّ الوجه الثاني

292 تحقيق حول جعل الكلبي وصية و صداقا

292 جواب آخر عن الوجه الثاني

293 دلالة صحيحة الأطنان على بيع صاع من صبرة

294 الوجوه الثلاثة في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء 295 الأقوال الثلاثة في الصاع المبيع

297 نظرية شيخنا الانصارى حول بيع صاع من صبرة

298 تعليل و خلاصته

300 ما اورده شيخنا الانصارى على ص الموضوع

المحقق القمي

305 الإشكال في الفرق بين المسألتين

307 الإشكال على ما افيد في الفرق بين المسألتين

308 المراد من النص رواية بريد بن معاوية

309 تعليل لأضعفية الطريقة الثانية

309 الطريقة الثالثة للتفصي عن العويصة

310 تعليل

310 إشكال نقصي

310 جواب حلي

311 ردّ من شيخنا الانصارى على ما افاده الشيخ صاحب الجواهر

311 الطريقة الرابعة للتفصي عن العويصة

311 بيان كيفية الفرق بين المسألتين و خلاصته

312 تحقيق حول التلف في الأبطال المستثناة

313 إشكال من شيخنا الانصارى على ما افاده صاحب مفتاح الكرامة

315 الإشكال في الفرق بين المسألتين

314 تعليل و خلاصته

ص: 402

- 315 ما افاده شيخنا الانصاري حول التلف بعد القبض
- 315 ما نحن فيه نظير بيع صاع من صبرة
- 316 إشكال آخر على ما افاده صاحب مفتاح الكرامة
- 317 خلاصة الامكان الذي افاده الشيخ الانصاري
- 318 الفرق بين مسألة بيع صاع من صبرة مجتمعة و بين ثمرة شجرات و استثناء أرتال من تلك الشجرات
- 319 المتبادر من الكلي عند اطلاقته هو الكلي المشاع
- 320 لا يقال فإنه يقال
- 320 مقصود شيخنا الانصاري
- 321 تفريع
- 322 مقصود شيخنا الانصاري
- 322 خلاصة إن قلت و قلت
- 323 المراد من الامر بالتأمل
- 324 ما ذكره الشهيد الثاني في أقسام بيع الصبرة
- 325 الأقسام العشرة في بيع الصبرة
- 328 استثناء من الصبرة المجهولة

- 328 وجه الصحة في جواز بيع القسم الخامس
- 329 تفريع و خلاصة الكلام
- 330 الأقسام الخمسة التي يجوز بيعها
- 331 الأقسام الخمسة التي لا يجوز بيعها

333 خلاصة ما افاده الشهيد الاول في اللمعة

334 تعليل و خلاصته

337 فروع

338 تحقيق حول العين المشاهدة

339 تعليل

343 مبنى الفرعين

343 ما ذكره الشهيد الثاني حول المدعي و المدعى عليه

345 أدلة تقديم قول المشتري

348 الرد على الدليل الاول

349 المراد من الاصل الاستصحاب

349 الرد على الدليل الثاني

350 مفاد الاصل السببي

350 تنظير

351 الرد على الدليل الثالث

351 المراد من العمومات

ص: 403

ص الموضوع

352 إمكان و خلاصته

354 ابداء الشيخ الانصاري نظريته

355 نتيجة

356 تفريع

356 دعوى و خلاصتها

357 الجواب عن الدعوى

358 تحقيق حول عبارة المكاسب

359 خلاصة الكلام في المقام

360 خلاصة وجه الفساد

360 الاصل الاول

361 الاصل الثاني

361 تنظير

362 عدم افادة التمسك بالعمومات في المقام

363 تعليل و خلاصته

363 إن قلت و خلاصته

364 جواب إن قلت

ص الموضوع

364 الخارج عن العمومات

365 تنظير و خلاصته

367 خلاصة الكلام

368 خلاصة الكلام

369 الشيء الثاني و خلاصته

370 الاصول الثلاثة

370 ما افاده الشهيد في اللمعة

371 ما افاده الشهيد الثاني في الروضة

373 تحقيق حول الفرع الثاني

376 تنظير

377 مثال

378 المراد من الامر بالتأمل

379 تحليل و خلاصته

380 تحليل و خلاصته

381 ما افاده الشيخ صاحب الجواهر

382 تعليل و خلاصته

ص: 404

(3 - فهرس الآي الكريمة)

- أ -

وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ 11، 28، 59

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ 11، 39، 59

- ب -

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ 11، 28، 42، 59

- م -

مَتَاعُ الْغُرُورِ 74

ص: 405

4 - (فهرس الأحاديث الشريفة)

- أ -

إذا اتتمنك فلا بأس 193

ارى أن تقوم الجارية 176

أكانوا علموا أنك تزوجت 41

إما أن تأتي رجلا في طعام قد اكتيل 191

إما أن يأخذ كله بتصديقه 193

إن الراهن والمرتهن ممنوعان 9، 15، 28

إن الناس مسلطون على أموالهم 28، 263

إنه عمل ما لا يؤمن معه الضرر 65، 129

إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده 22

إنه يكره أن يشتري الثوب 175

- ب -

البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه 152

- ج -

حكمي على الواحد حكمي على الجماعة 236

- ص -

الصلح جائز بين الناس 152

- ع -

العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري 296

- ف -

فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا استحيوا 57

فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا استرقوه 57

- ج -

لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه 11

(قلت: اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و اخذناه بكيه) فقال عليه السلام: لا بأس 192

(قلت: اشتري مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأتزنها ثم أخذ سائره على قدر ذلك؟) فقال عليه السلام: لا بأس 208

(سئل في الجوزة نستطيع أن نعهه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد) قال عليه السلام: لا بأس به 194،

215

لا بيع إلا في ملك 14

لا تبع ما ليس عندك 65، 90، 146

لا تدوم أحوالها ولا تسلم نزالها 75

لا حتى تبينه 200

ص: 406

لا غرر في البيع 94، 146

لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه 362

لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر 167

لا يصلح إلا أن يكيل 187، 228، 237، 240

لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً 163

- م -

المؤمنون عند شروطهم 271

ص: 407

ابان بن تغلب: 192، 203، 252

ابن بكير: 193، 203، 252

ابن حمزة: 10

ابن زهرة: 153

ابن محبوب: 191، 203، 252

ابو ابراهيم: الامام الكاظم عليه السلام 11، 163

ابو حنيفة: 327

ابو عبد الله: الامام الصادق عليه السلام:

163، 176، 186، 192، 200، 204، 208

ابو العطار: 192، 252

ابو يوسف: 327

احمد: 337

الأردبيلي: المحقق: 201، 221، 238، 274، 275

الأزهري: 67

اسحاق بن عمار: 11

الإسكافي: 55، 130، 146، 160، 182

الاصبهاني: 178

امير المؤمنين: الامام علي بن أبي طالب عليه السلام: 65، 75، 129

الايرواني: 223، 212

- ب -

الباقر: الامام ابو جعفر عليه السلام: 175

بحر العلوم: 66، 96، 101، 137

بحر العلوم: حسين: 142

بريد بن معاوية: 296

بعاج. علي: 185

- ح -

الحكيم: محسن: 142

الحلبي: 186، 203، 211، 240، 252

حماد بن ميسرة: 175

- خ -

الخوئي: ابو القاسم: 141

الخونساري: 178، 287

- د -

رسول الله: النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم: 9، 63، 66، 72

رفاعة: النخّاس: 162، 175

ص: 408

- ز -

وزارة: 57

زرعة: 191

- س -

السيزواري: المحقق: 288

سلطان العلماء: 174

سماعة: 163، 168، 191

- ش -

الشافعي: 337

الشهيد الاول: 37، 50، 73، 84، 96

الشهيد الثاني: 37، 12، 216، 324

الشهيدان: 80، 130، 286، 296، 317

شيخ الطائفة: الطوسي: 10، 50، 4، 57

- ص -

صاحب الجواهر: 66، 69، 105، 137، 220، 309

صاحب الحدائق: المحدث البحراني: 239

صاحب الكفاية: 336

الصدوق: 87

- ع -

عبد الرحمن: 200

عبد الملك بن عمرو: 208

العلامة: الحلبي: 14، 36، 45، 50،

61، 55

علي بن ابراهيم: 241

علي بن الحسين: الامام السجاد عليه السلام 205

علي بن هاشم: 241

- ف -

الفاضلان: 131

فخر الاسلام: فخر المحققين: 37، 271، 290

- ق -

القطيفي: الفاضل: 126، 146

- ك -

كاشف الغطاء: جعفر: 129، 154، 168، 221، 275

الكركي: المحقق 103، 283

- م -

مالك: 337

المامقاني: 100، 143، 178، 301

المجلسي: 242

المحقق: 225

المحقق التستري (صاحب المقاييس) 15، 18، 22، 25، 282

المحقق الثاني: 35، 50، 126، 226، 235

ص: 409

المحقق القمي: 300

محمد بن حمران: 192

محمد: 337

محمد عبده: 75

محمد محي الدين: 75

المدرسي: يحيى: 357

المرتضى: علم الهدى: 72، 80، 131

معاوية بن وهب: 40

- ن -

النائبي: 178، 287

- و -

وهب: 204

ص: 410

6 - (فهرس الامكنة و البقاع)

- ج -

جامعة النجف الدينية: 185

- ع -

العراق: 214

عقد الكروري: 357

- م -

المدينة المنورة: 200

مكتبة السيد الحكيم: 142

مكتبة جامعة النجف الدينية: 142

ص: 411

برهن اقلیدس فی فنّه *** بأنما النقطة لا تنقسم

289

ص: 412

8 - فهرس (الكتب)

- 1 -

أجوبة المسائل: 300

الاساس: 67

اصول الكافي: 163، 176، 241

الانتصار: 72، 130، 162

الايضاح: 64، 35، 273، 286، 344

ايضاح النافع: 14، 26، 146

- ب -

بحار الأنوار: 236

- ت -

التحرير: 190

تذكرة الفقهاء: 14، 37، 62، 68، 146

تعليقة الاصبهاني على المكاسب: 178

تعليقة الايرواني على المكاسب: 243، 212

تعليقة المامقاني على المكاسب: 100، 178، 301

تقريرات درس النائيني: 178، 287

التنقيح: 162

- ج -

جامع المقاصد: 45، 63، 154، 259، 284، 296، 344

الجميل: 67

جواهر الكلام: 65، 69، 310

- ح -

حاشية الفقيه: 174، 178

حاشية القواعد: 198، 226

حاشية المسالك: 226

الحدائق: 178، 182، 220، 239

حواشي الشهيد: 37، 161، 323

- خ -

الخلاف: 9، 50، 56، 146، 162

د - الدروس: 204، 225، 233، 344

- ر -

الرسائل (فرائد الاصول): 350

الروضة: 45، 174، 216، 323

الرياض: 146، 267

- س -

السرائر: 58، 132، 174، 186

- ش -

شرايع الاسلام: 55، 133، 225، 261

شرح الارشاد: 82، 274

ص: 413

شرح الصيمري: 50، 58

شرح القواعد: 198، 226، 249، 275

- ص -

الصحاح: 66

- غ -

الغنية: 103، 146، 186

- ق -

القاموس: 66

القواعد: 37، 45، 74، 198، 258

- ك -

كاشف الرموز: 130، 146، 162

كفاية: 163، 336

- ل -

اللمعة الدمشقية: 45، 10، 96، 48، 159

- م -

المبسوط: 63، 154، 223، 323، 344

مجمع البحرين: 67

مجمع البرهان: 220

المختلف: 9، 54، 160، 174

مرآة العقول: 242

مسالك: 112، 133، 154، 226

المصاييح: 65، 96، 101، 177

المصاييح: 67

معاني الأخبار: 87

المغرب: 67

مفتاح الكرامة: 311

منظومة السبزواري: 289

- ن -

نهاية الأحكام: 10، 132، 140، 352

النهاية: 67

نهج الفقاهة: 220

- و -

وسائل الشيعة: 9، 11، 41، 56، 215، 296

الوسيلة: 10

ص: 414

إن الاخ المرتب قد اشتبه في الجزء الثاني من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة في ص 335-336 في ترتيب الحديث الشريف الذي ذكرناه في الهامش 2 ص 335 فقد رتبه مشوشا و ناقصا.

و كان عزمنا تداركه في الجزء الثالث لكن النسيان غلبنا حتى هذا الجزء فرأينا من المناسب و الواجب تداركه ليقف القارئ النبيل على ما في الحديث الشريف من الاهتمام البالغ من (أئمة اهل البيت) حول الخلق و المخلوقات.

و لو كان هناك من يحمل عنهم هذه الاكتشافات و التنبؤات لأفاضوا عليهم من نفحات القدس فساد المسلمون العالم برمته ؟

أليك نص الحديث.

حدثنا أبي رضي الله عنه قال: حدثنا سعد بن عبد الله.

قال: حدثنا محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد قال:

سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ :

أَفَعَيَّبْنَا بِالْخَلْقِ الْأَوَّلِ بَلْ هُمْ فِي لَبْسٍ مِنْ خَلْقٍ جَدِيدٍ (1).

فقال: يا جابر تأويل ذلك أن الله عزّ و جلّ اذا افنى هذا الخلق و هذا العالم، و اسكن اهل الجنة الجنة، و اهل النار النار جدّد الله عزّ و جلّ عالما غير هذا العالم، و جدّد عالما من غير فحولة و لا إناث، يعبدونه و يوحدونه.

ص: 415

و خلق لهم ارضا غير هذه الارض تحملهم، و سماء غير هذه السماء تظلمهم.

لعلك ترى أن الله عزّ و جلّ إنما خلق هذا العالم الواحد.

و ترى أن الله عزّ و جلّ لم يخلق بشرا غيركم.

بل و الله لقد خلق الله تبارك و تعالى الف الف عالم، و الف الف آدم، انت في آخر تلك العوالم، و أولئك الآدميين.

راجع (الخصال) لشيخنا الصدوق رضوان الله تبارك و تعالى عليه ص 615 الحديث 54 طباعة النجف الاشرف منشورات المطبعة الحيدرية عام 1391.

و المراد من الف الف عالم مليون عالم.

اي يضرب $1000 * 1000 = 1000000$.

كما أن المراد من الف الف آدم مليون آدم.

اي يضرب $1000 * 1000 = 1000000$.

أيها القارئ الكريم و المثقف النبيل الذي تفتخر باكتشاف الغربيين، حيث تقول:

إن الغربيين قد اكتشفوا بحفرياتهم، و أجهزتهم العلمية الدقيقة في الأزمنة الاخيرة: أن هناك جماجم من البشر و عظاما من الحيوانات تدل على أنها ترجع الى الملايين من السنين.

و أن هناك عوالم غير هذا العالم المرئي.

هذا إمامنا الخامس (الامام ابو جعفر محمد الباقر) خامس (أئمة اهل البيت) الذين اذهب الله عنهم الرجس و طهّهم تطهيرا قد اخبر عن تلك العوالم، و عن أولئك الآدميين قبل ثلاثة عشر قرنا.

و قبل أن يشرف علماء الغرب ساحة الوجود حسب زعمك!

ص: 416

وكم (لأئمة اهل البيت) عليهم الصلاة والسلام من هذه التنبؤات في أحاديثهم الشريفة المروية عنهم في كتب أحاديثنا المطولة.

راجع كتب الأحاديث الدورات المطولة تجد ضالتك هناك.

وكم لك من ضالة اهملتها وتركتها ولم تقدم عليها.

أيها المثقف النبيل لم يسعني المقام بذكرها ولو لبعضها.

ص: 417

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي انشأ الخلق إنشاء، وابتدأه ابتداء، بلا روية آجالها، ولا تجربة استفادها، ولا حركة احدثها، ولا همامة نفس اضطرب فيها.

احال الأشياء لأوقاتها، ولا عم بين مختلفاتها، وعرّز غرائزها و الزمها أشباحها.

عالما بها قبل ابتدائها، محيطا بحدودها و انتهائها، عارفا بقرائنها و أحنائها.

وقد أنهينا بحمد الله تبارك و تعالى (الجزء الحادي عشر) من كتاب (المكاسب لشيخنا الأعظم الانصاري) قدس الله نفسه الزكية الطاهرة و كانت بداية هذا الجزء.

(مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا).

و كان الشروع في اليوم الخامس من شهر الله الأعظم عام 1400.

و كان الإنهاء في اليوم الخامس عشر من شعبان المعظم عام 1403 في غرفة ادارة (جامعة النجف الدينية) العامرة إن شاء الله تعالى

بعد أن استوفى العمل فيه مقابلة و تعليقا و تصحيحا غاية الجد و الطافة و السهر بقدر الوسع و الامكان.

هذا مع كثرة الأشغال و تردي الأحوال و انهيار القوى و الأعصاب انهيارا بالغا.

ص: 418

وذلك حيا منا بإنجاز تحقيق الأجزاء وإصدارها وإخراجها.

إكبارا واجلالا لفقهِ (أئمة اهل البيت) صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين.

وإذا كنا قد تابعنا إصدار الأجزاء في هذه الفترات المتباعدة فلأن تحقيق الكتاب و تصحيحه وإخراجه إخراجا يليق بمكانته العلمية ولا سيما هذا الجزء الذي كان مشتملا على مطالب غامضة و مسائل صعبة مستعصبة جدا.

فقد أتعبني هذا الجزء و أخذ من وفتي في الليل و النهار أكثر من ستة عشر ساعة و لذا كان يستدعي منا دقة الملاحظة و عمق الإمعان.

فإلى القراء الكرام هذه التحفة النفيسة و الهدية الثمينة و إني لأرى هذه الافاضات كلها من بركات صاحب هذا (القبر المقدس العلوي) على من حل فيه آلاف التحية و الشاء فشكرا لك يا إلهي على هذه النعم الجسيمة و الآلاء العميمة و نسألك اللهم و ندعوك التوفيق لإتمام بقية الأجزاء و المشروعات الخيرية الدينية النافعة للامة الاسلامية جمعاء.

إنك ولي ذلك و القادر عليه.

و يتلوه الجزء الثاني عشر إن شاء الله تبارك و تعالى اوله:

(مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته)

ص: 419

اتحفنا بهذه الأبيات ولدنا العزيز الفاضل الاديب الشيخ ابراهيم علوان النصيراوي حفظه الله تعالى

احييت من شرع النبي محمد *** ما ينبغي احيائه للمهتدي

وصنعت من علم الهداة سبائكا *** رصعتها بالدر أو بالعسجد

وجعلتها للطالبيين مكاسبا *** دزت بأرباح لها لم تنفد

فتباركت تلك الجهود و اينةت *** تلك الثمار و مثلها لم تحصد

فالله باركها لأنك لا ترى *** إله في الأعمال خير مسدد

(و المرتضى) فرح لما اسدينه *** من حل إشكال و كشف تعقد

(و القائم المهدي) ضمك عطفه *** و حنانه فاهنا بعيش أرغد

كانت جهودك (لمعة) قد نورت *** بشعاعها أذهان كل موحد

و نمير منهلك ارتوى من مائه *** طلابه اكرم به من مورد

يا غارفا من فيضه ارخت (قل: *** زهت المكاسب من شروح محمد)

1392 92 514 90 154 412 130

ص: 420

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

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

