

إِسْلَامِيَّةٌ

إِلَى الْمَكْسِبِ

شَرْحُ وَافٍ بِفَرْعِ الْكُتُبِ وَبَيِّنَاتٍ لِحُكْمِ شِكَايَةِ

وَأَبْدَاءِ مَقَاصِدِهِ فِي إِيجَازٍ وَقَوَضِيحٍ

تَأَلَّفَ

أَبِي إِسْمَاعِيلَ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي طَالِبٍ

الْحَاجِّ النَّجَّاشِيِّ الْكَلْبِيِّ الشَّافِعِيِّ الْبَغْدَادِيِّ

«دَامَ ظَلَاهُ»

الْمُبْتَدِئِ الْقَامِئِ

مُؤَسَّسِ الْإِسْلَامِ

طَبْعَ

آية الله المجاهد
الحاج الرشيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

ايصال الطالب الى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابداء مقاصده في ايجاز وتوضيح .

القسم الرابع من كتاب البيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد وآله الطاهرين و
بعد فهذا هو القسم الرابع من البيع من كتابنا (ايصال
الطالب) فى شرح الكتاب المعظم (المكاسب) للشيخ الفدّاية الله
الشيخ مرتضى الانصارى قدس سره .
• كتبه عسى ان يستفيد به المبتدى
• وجعله الله ذخرا ليوم فاقتى
كرىلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

مسئلة :

لولم يجز المالك ، فان كان المبيع فى يده فهو،والافله
انتزاعه ممن وجده فى يده ،مع بقاءه ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها
على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد ، ومع التلف يرجع الى من تلف
عنده ، بقيمته يوم التلف ، او باعلى القيم ، من زمان وقع فى يده

(مسئلة) من توابع الاجازة و الرد (لولم يجز المالك) عقد الفضول
(فان كان المبيع فى يده) اى يد المالك (فهو ، و الافله) اى للمالك
(انتزاعه) اى المبيع (ممن وجده فى يده) سواء البائع ، او المشتري
الاول ، او غيره ؛ (مع بقاءه) اى المبيع موجودا بذاته (ويرجع) المالك
ايضا (بمنافعه المستوفاة) كثمرة البستان ، ولبن الانعام ، وما شبه (و
غيرها) اى المنافع غير المستوفاة ، كمالو كانت دارا ، و كان ايجارها مائة
ولم يستوف الغاصب ، او المشتري الايجار ، فان للمالك اخذ الايجار من
الغاصب (على الخلاف المتقدم فى) باب (البيع الفاسد) فى انه هل
للمالك استيفاء المنافع غير المستوفاة ، ام لا ؟ (ومع التلف) للمبيع ،
كالمومات الدابة عند المشتري الفضولى (يرجع) المالك (الى من تلف
عنده) اى ان قرار الضمان عليه ، وان كان يحق للمالك الرجوع الى كل
من وضع يده على الملك ، سواء كان عالما به مال المالك ، ام جاهلا ،
(بقيمته يوم التلف) سواء كانت ازيد ، او اقل ، او مساوية لقيمته السابقة
على المتلف . (او باعلى القيم ، من زمان وقع فى يده) اى فى يد من تلف

ولو كان قبل ذلك فى ضمان آخر ، وفرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الاخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه ، كما صرح به جماعة فى الايدى المتعاقبة هذا كله حكم المالك مع المشتري .
واما حكم المشتري مع الفضولى ، فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك زائدا على الثمن ،

عنده ، فمثلا : غصبه الغاصب و قيمته مائة ، و باعه ، فتراوحت قيمته عند المشتري من التسعين الى عشرين ، فان للمالك ان يأخذ تسعين من المشتري الذى تلف المال عنده (ولو كان) المال (قبل ذلك) التلف فى يد المشتري – مثلا – (فى ضمان) انسان (آخر) كما لو كان فى ضمان الغاصب البائع (وفرض زيادة القيمة عنده) كما مثلنا بان قيمته كانت مائة حين كان فى يد البائع (ثم نقصت) القيمة (عند الاخير) كما لو صارت تسعين – كما فى المثال – (اختص السابق) كالغاصب – فى المثال – (بالرجوع بالزيادة عليه) اى على ذلك السابق ، ف يأخذ المالك العشرة منه ، والتسعين من المشتري (كما صرح به جماعة فى الايدى المتعاقبة) على مال (هذا كله حكم المالك مع المشتري) الذى يأخذ منه اعلى القيم و يأخذ الزائد من البائع .

(و اما حكم المشتري مع الفضولى ، فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن) الذى دفعه المشتري الى الفضول ، وقد اخذه المالك من المشتري او اخذ منه عين المال (و اخرى فيما يغرمه) المشتري (للمالك زائدا على الثمن) كما لو دفع الى الفضول عشرة ثمن للكتاب ، ثم ترقى الكتاب و

.....
 فهنا مسئلتان الاولى : انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه
 فضوليا ، سواء كان باقيا ، او تالفا ،

ولا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا ، لان اعترافه مبني على
 ظاهر يده .

تلف ، فاخذ المالك منه عشرين ، فان العشرة الزائدة هل تذهب من
 كيس المشتري ، او كيس الفضول ؟
 (فهنا مسئلتان) .

المسئلة (الاولى : انه) اي المشتري (يرجع عليه) اي على الفضول
 (بالثمن) الذي دفعه المشتري الى الفضول (ان كان) المشتري (جاهلا
 بكونه) اي البائع (فضوليا ، سواء كان) المال (باقيا ، او تالفا) فان كان
 المال باقيا اخذ المالك عين المال ، وان كان تالفا اخذ بدله .
 وعلى كل فقد خسر المشتري الثمن والتمن ، فهو يرجع الى الفضول
 بالثمن .

(ولا يقدح في ذلك) اي في رجوع المشتري بالثمن الى الفضول
 (اعترافه) اي المشتري (بكون البائع مالكا) .

وجه القدح : انه حيث اعترف بذلك حال العقد ، يكون يرى المالك
 غاصبا ، ومن المعلوم : انه لو سلب الغاصب من المشتري شيئا لم يكن
 للمشتري الرجوع به الى البائع (لان اعترافه مبني على ظاهر يده) و
 مثل هذا الاعتراف لا يوجب ذهاب احترام مال المعتبر ، لو تبين
 بطلان اعترافه ، بان ظهر ان الثمن لم يكن للبائع .

نعم : لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده الى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنة، لم يرجع بشئ .

ولو لم يعلم استناد الاعتراف الى اليد ، او الى غيره ، ففي الاخذ بظاهر الحال ، من استناده الى اليد ، او بظاهر لفظ الاقرار من دلالة

(نعم لو اعترف) المشتري (به) اى يكون المثلن للبائع (على وجه يعلم عدم استناده الى اليد ، كان يكون اعترافه بذلك) اى يكون المال للبائع (بعد قيام البيّنة) بان المال للبائع (لم يرجع بشئ) لان المشتري حينذاك معترف بان من ادعى الملك لاحق له فى ذلك ، فليس له ان يأخذ بدل المال من البائع ، لان حال المشتري حينئذ حال من اخذ الغاصب المال منه ، و اى ربط للبائع فيما لو غصب غاصب مال المشتري .
ثم الفرق بين البيّنة واليد : ان البيّنة — وان علم خطاءه — لا يحق رفع اليد عنها ، الا بدليل ، بخلاف : اليد ، فانه يحق رفع اليد عنها اذا علم بخطأها .

نعم : لافرق فى مرحلة الواقع بين الامرين ، فيحق للمشتري التقاض واقعا ، فتأمل .

(ولو لم يعلم استناد الاعتراف) من المشتري بان المال للبائع (الى اليد ، او الى غيره) كالبيّنة (ففي الاخذ بظاهر الحال ، من استناده الى اليد) فللمشتري الحق فى الرجوع الى البائع (او بظاهر لفظ الاقرار) اى اقرار المشتري ، لانه مقربان المال للبائع (من دلالة) اى اقرار المشتري

.....
 على الواقع ، وجهان وان كان عالما بالفضولية ، فان كان الثمن باقيا
 استرده ، وفاقا للعلامة ، وولده ، والشهيدين والمحقق الثاني ره اذ :
 لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا .

ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع
 الفاسد ، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله

(على الواقع ، وجهان) لتعارض الظاهرين ، ولا مرجح لاحدهما على
 الآخر .

ولا يخفى : ان الكلام يحتاج الى تفصيل ان المراد بالاخذ فيما لو
 علم المشتري بان المال لم يكن للبائع .

او ان ورثة المشتري - مثلا - ارادوا الرجوع ، لان المشتري اعترف
 لديهم بالعلم (وان كان) المشتري - حين الاشتراء من البائع -
 (عالما بالفضولية ، فان كان الثمن باقيا) لدى البائع الفضول (استرده ،
 وفاقا للعلامة ، وولده ، والشهيدين ، والمحقق الثاني ره اذ : لم
 يحصل منه) اي من المشتري (ما يوجب انتقاله) اي الثمن (عنه شرعا) .

ولا يخفى : ان استرداده ليس خاصا بصورة رجوع المالك الى
 المشتري ، اذ : الثمن للمشتري ، سواء رجع البائع اليه ، ام لا

(و) ان قلت : قد سلط المشتري البائع على مال نفسه ، فكيف يرجع اليه .
 قلت : (مجرد تسليطه) اي المشتري ، البائع (عليه) اي على ماله (لو
 كان موجبا لانتقاله) اي انتقال المال الى البائع (لزم الانتقال في البيع
 الفاسد) ايضا (لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله) مع انهم

ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز المالك هو المشهور يستلزم
تملك المالك للثمن ، فان تملكه البائع قبله يلزم قوات محل الاجازة ، لان
الثمن انما ملكه الغير ، فيمتنع تحقق الاجازة ، فتأمل .
و هل يجوز للبائع التصرف فيه ؟

لا يقولون بذلك .

وجهه : ان التسليط على قسمين .

الاول : التسليط المجانى ، وهذا اذا وجد فيه شروط الهبة ، او
كان اعراضا لم يكن للمسلط الرجوع فيه - فيما اذا كانت هبة لازمة - .
الثانى : التسليط بمقابل ، فاذا لم يكن فى مقابل التسليط شئ
واقعالم يكن تسليط حتى لا يجوز للمسلط الرجوع انى ماله (ولان الحكم)
اى حكمنا (بصحة البيع) الفضولى (لو اجاز المالك) كما (هو المشهور)
حيث يقولون : بصحة الفضولى مع اجازة المالك (يستلزم تملك المالك
للثمن) لان معنى الصحة ، هو تملك المالك للثمن ، و تملك المشتري
للثمن (فان تملكه) اى الثمن (البائع) الغاصب (قبله) اى قبل المالك
(يلزم قوات محل الاجازة ، لان الثمن انما ملكه الغير) الذى هو الغاصب
(فيمتنع تحقق الاجازة) اذ : يكون المعوض حينئذ بدون عوض (فتأمل)
اذ : يمكن ان يقال ان لزوم فوت محل الاجازة انما هو فيما اذا ملكه
قبلها مطلقا ، واما اذا كان التملك مراعى بعدم الاجازة فلا يفوت محل
الاجازة .

(و هل يجوز للبائع التصرف فيه) اى فى الثمن فيما اذا كان

١٠ . ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

.....
وجهان ، بل قولان اقويهماالعدم ، لانه اكل مال بالباطل ، هذا كله :
اذا كان باقيا ، واما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري ، بل
المحكى عن العلامة ، ولده ، والمحقق ، والشهيد الثانيين ، وغيرهم
الاتفاق عليه .

ووجهه كما صرح به بعضهم كالحلى ، والعلامة ، وغيرهما ، ويظهر
من آخر ، ايضا انه سلّطه على ماله بلا عوض .

المشتري عالما بالفضولية وان البائع غاصب (وجهان ، بل قولان) .
الاول : الجواز ، لان المشتري هو الذى اباح ماله للغاصب ، و
لكن (اقويهماالعدم ، لانه اكل مال بالباطل) والمشتري لم يبيع ماله
مطلقا ، بل اباحة معاملية .

فحال حال اباحة المقامر ماله لمن غلبه ، ومعطى الرىا ماله للمراى
حيث ان الاباحة ليست مطلقة فيدخل فى اكل مال الغير بلا سبب شرعى
(هذا كله : اذا كان) المال (باقيا ، واما لو كان تالفا) فى يد البائع
(فالمعروف) بين الفقهاء (عدم رجوع المشتري) على البائع فى اخذ
ماله منه (بل المحكى عن العلامة ، ولده ، والمحقق ، والشهيد
الثانيين ، وغيرهم الاتفاق عليه) .

(ووجهه) اى وجه عدم الرجوع (كما صرح به بعضهم كالحلى ، و
العلامة ، وغيرهما ، ويظهر من آخر ، ايضا انه) اى المشتري (سلّطه)
اى البائع (على ماله بلا عوض) فلا مجال لرجوعه
اليه .

توضيح ذلك : ان الضمان اما لعموم : على اليد ما اخذت ، واما لقاعدة : الاقدام على الضمان الذى استدل به الشيخ ، وغيره ، على الضمان ، فى فاسد ما يضمن بصحيحه .

والاول مخصص بفحوى مادل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه لحفظه ، كفاى الوديعة ، او الانتفاع به كفاى العارية ، او استيفاء المنفعة منه ، كفاى العين المستأجرة ،

(توضيح ذلك) الوجه (ان الضمان) اى ضمان اى شخص (اما لعموم : على اليد ما اخذت) حتى تؤدى (واما القاعدة : الاقدام على الضمان) فان كل من اقدم على ضمان شئ ، يكون ضامنا له ، ولذا لوقال : الله فى البحر ، وعلى بدله يكون ضامنا لبدله (الذى استدل به الشيخ وغيره ، على الضمان ، فى فاسد ما يضمن بصحيحه) اى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

• اما الضمان بالصحيح ، فلا دلة .

واما الضمان بالفاسد ، فلان الضامن اقدم هو بنفسه على الضمان ف يكون ضامنا .

(والاول) اى عموم : على اليد (مخصص بفحوى مادل على هدم ضمان من استأمنه المالك) اى جعله امينا (ودفعه) اى المال (اليه) اى الى المستأمن (لحفظه) اى حفظ المال (كفاى الوديعة ، او الانتفاع به كفاى العارية ، او استيفاء المنفعة) المستحقة (منه ، كفاى العين المستأجرة) فانه اذا تلف العين فى هذه الموارد بدون تقصير لم يكن :

فان الدفع على هذا الوجه ، اذا لم يوجب الضمان ، فالتسليط على التصرف فيه ، و اتلافه مما لا يوجب ذلك بطريق اولى .
 ودعوى : انه انما سلطه فى مقابل العوض - لا مجانا - حتى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدم على الضمان فيها .
 مندفعه : بانه انما سلطه فى مقابل ملك غيره ، فلم يضمنه - فى الحقيقة - شيئا من كيسه ، فهو يشبه الهبة الفاسدة ، و البيع بلا ثمن ، و الاجارة بلا اجرة

من تلف عنده ضامنا .

(فان الدفع) اى دفع المالك ماله (على هذا الوجه) اى وديعة وعارية ، و اجارة (اذا لم يوجب الضمان ، فالتسليط) اى تسليط المالك (على التصرف فيه ، و اتلافه) كما فى مانحن فيه (مما لا يوجب ذلك) الضمان (بطريق اولى) اذ : هناك التسليط ليس بمجانى ، و للاتلاف ، و هنا : التسليط مجانى و للاتلاف .

(و دعوى : انه) اى المالك (انما سلطه) اى سلط الغاصب (فى مقابل العوض) الذى هو مال الغير (- لا مجانا - حتى يشبه الهبة الفاسدة) فى عدم الضمان (التى تقدم على الضمان فيها) اى فى الهبة الفاسدة .

(مندفعه : بانه انما سلطه فى مقابل ملك غيره) لان العوض لم يكن مال البائع (فلم يضمنه) اى لم يضمن المشتري البائع (- فى الحقيقة -) و الواقع (شيئا من كيسه) اى كيس البائع (فهو) اى التسليط للغاصب (يشبه الهبة الفاسدة ، و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة .

.....
 التى قد حكم الشهيد وغير واحد ، بعدم الضمان فيها .
 ومن ذ لك يعلم : عدم جريان الوجه الثانى للضمان ، وهو الاقدام على
 الضمان ، هنا ، لان البائع لم يقدم على ضمان الثمن ، الا بما علم المشتري
 انه ليس ملكاله .

فان قلت : تسلطه على الثمن بازاء مال الغير لبنائه — ولوعدوانا —
 على كونه

.....
 التى قد حكم الشهيد وغير واحد) اى متعدد من الفقهاء (بعدم الضمان
 فيها) اى فى المذكورات ، اذا تلفت العين فى الهبة ، والبيع ، والاجارة .
 (ومن ذ لك) اى وجه عدم جريان الوجه الاول للضمان ، و هو :
 عموم على اليد (يعلم : عدم جريان الوجه الثانى للضمان ، وهو الاقدام
 على الضمان هنا) اى فى من سلط الغاصب على ماله — و هو المشتري —
 (لان البائع) الغاصب (لم يقدم على ضمان الثمن ، الا بما) اى فى مقابل
 الثمن الذى (علم المشتري) ب (انه ليس ملكاله) وهذا ليس اقدا ما
 على الضمان حتى يوجب الضمان .

(فان قلت) كلاً ، فلقد اقدم البائع الغاصب على الضمان ، لانه
 قال للمشتري : اناضامن لثمنك فى مقابل مالى الذى هو الثمن — و
 انما كان الثمن ماله الادعائى لا الواقعى — .

فقولكم : ان البائع لم يقدم على الضمان ، ليس بتمام ، فان (تسلطه)
 اى تسلط البائع (على الثمن) ليس مجانا ، وانما هو (بازاء مال الغير
 لبنائه) اى الغاصب (— ولوعدوانا —) فيما يعلم انه مال الغير (على كونه)

ملكاله ، ولو لاهذا البناء ، لم يتحقق مفهوم المعاوضة ، كما تقدم ففى
 تصحيح بيع الغاصب لنفسه ، فهو انما سلطه على وجه يضمنه بماله ، الا ان
 كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثل ، و
 تعاقد معرضين عن ذلك ، كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على
 اموال الناس بين السراق والظلمة ، بل بنى المشتري على كون المثل
 ملكا للبائع ، فالتسليط ليس مجانا .

اى مال الغير (ملكاله) اى لنفسه (ولو لاهذا البناء ، لم يتحقق مفهوم
 المعاوضة) اذ : لا معنى لان يخرج المثل من ملك المالك ، ويدخل
 المثل فى ملك الغاصب (كما تقدم) كون البائع يبنى بان المال له (فى
 تصحيح بيع الغاصب لنفسه) والا لم يكن وجه للصحة (فهو) اى المشتري
 لم يسلط الغاصب مجانا ، على المثل ، بل (انما سلطه على وجه يضمنه)
 الغاصب (بماله) .

منتهى الامر : ان كونه مالا للغاصب ادعائى ، لا حقيقى (الا ان
 كلا منهما) البائع والمشتري (لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية
 البائع للمثل) اذ : الشارع لا يعترف بان المثل ملك للغاصب (و)
 عليه (تعاقد) حال كونهما (معرضين عن ذلك ، كما هو الشأن ففى
 المعاوضات الواردة على اموال الناس بين السراق والظلمة ، بل بنى
 المشتري على كون المثل ملكا للبائع ، فالتسليط) من المشتري للبائع
 على المثل (ليس مجانا) وبلا عوض .

و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى ، الا ان كون المثلن مالا له ادعائى ، فهو كمالو ظهر المثلن المعين ملكا للغير ، فان المشتري يرجع الى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا .
مع انه انما ضمنه الثمن بازاء هذا الشئ الذى هو مال الغير .
فكما ان التضمن هنا حقيقى ، و كون

(و تضمينه) مبتدء ، خبره : حقيقى ، اى تضمين المشتري (البائع) الغاصب (بمقابل الثمن) فى حال كون ذلك المقابل (من ماله) اى مال البائع (حقيقى) فالتسليط ليس مجانيا (الا ان كون المثلن مالا له) اى للبائع (ادعائى) لان الغاصب يدعى — ادعاء — كونه مالا للمثلن (فهو) اى حال مانحن فيه من رجوع المشتري الى البائع الغاصب بثلثه (كما لو ظهر المثلن المعين ملكا للغير) بان لم يكن المثلن كليا ، حتى يلزم تبديله على صاحب المثلن ، فانه اذا ظهر المثلن ملكا للغير (فان المشتري يرجع الى البائع بالثمن مع التلف) للثلث (اتفاقا) بين العلماء ، اذ : البائع قد اتلف الثمن ، و لم يعط شيئا بازائه للمشتري ، اذ : المعوض قد ظهر كونه للغير ، فيكون يد البائع على الثمن يذمنا .

(مع انه) اى المشتري (انما ضمنه) اى جعل البائع ضامنا (الثمن بازاء هذا الشئ) المثلن المعين (الذى هو مال الغير) لكن لما رجع ذلك الغير الى المشتري ، لاخذ ماله او بدله ، كان للمشتري الرجوع الى البائع لاخذ ماله اذا كان موجودا ، او بدله اذا كان تالفا .
(فكما ان التضمن هنا) — فيما لو ظهر العين ملكا للغير — (حقيقى ، و كون

.....
 المثلث مال له اعتقادي ، لا يقدح تخلفه في التضمين ، فكذلك بناء المشتري
 فيما نحن فيه على ملك المثلث عدوانا لا يقدح في التضمين الحقيقي بماله .
 قلت : الضمان كون الشيء في عهدة الضامن ، وخسارته عليه ، وإذا
 كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان

المثلث مال له) أي للبائع (اعتقادي) لا اعتقاد البائع ان المثلث مال له
 (لا يقدح) خبر : ان التضمين (تخلفه) أي ظهور خلافه - أي خلاف
 كون المثلث المعين مالا للبائع - و : تخلفه ، فاعل : لا يقدح ، (ففي
 التضمين) أي في تضمين المشتري للبائع (فكذلك بناء المشتري فيما نحن
 فيه) أي بيع الغاصب مع علم المشتري انه غاصب (على ملك) البائع
 (المثلث عدوانا) أي بناء عدوانيا ، اذ : مع علم المشتري بان البائع
 غاصب يكون بنائه عدوانيا (لا يقدح) هذا البناء من المشتري (في التضمين
 الحقيقي) للبائع (بماله) أي بمال المشتري .

و الحاصل : ان حال علم المشتري بكون المثلث ليس مالا للبائع ،
 مثل حاله بكون المثلث مال له - والحال انه ليس ماله في الواقع - ففي
 كلتا صورتين يعطى المشتري المثلث للبائع مضمنا له ، فاذا اخذ المثلث
 ماله ، كان للمشتري الرجوع الى الثمن .

(قلت : الضمان كون الشيء في عهدة الضامن ، وخسارته عليه)
 أي على الضامن (و اذا كان المضمون به) أي المثلث الذي هو مضمون
 بمقابل الثمن (ملكا لغير الضامن واقعا) كما في ما نحن فيه فان المثلث ليس
 ملكا للغاصب الضامن ، وانما ماله المصوب منه (فلا يتحقق الضمان

الحقيقى مع علمهما بذلك .

وما ذكر من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون المثلث ملكا للبائع الغاصب - مع كونه مال الغير - فهو انما يصح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاء ، مع عدم كون البائع اهل لذلك فى الواقع ، و الافاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضمان والتضمن الحقيقى بالنسبة اليهما .

الحقيقى مع علمهما) اى علم البائع والمشتري (بذلك) اى بـ ان الضمون به ملكا لغير الضامن ، فاذا اخذ المالك المال من المشتري ، لم يكن للمشتري الرجوع الى البائع بثمنه ، لعدم تحقق الضمان الحقيقى . (وما ذكر) المستدل ، لاثبات الضمان على الغاصب (من بناء المتعاقدين فى هذا العقد) اى العقد الواقع بين المشتري العالم والغاصب ، فيما اذا تلف الثمن ، واخذ المالك المال (على كون المثلث ملكا للبائع الغاصب - مع كونه مال الغير -) واقعا (فهو) لا يصح ضمان الغاصب لما اخذه من الثمن بعد تسليط المشتري للبائع على ثمنه مجانا ، بل (انما يصح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاء ، مع عدم كون البائع اهل لذلك) التمليك والتملك (فى الواقع) لانه لا شئ له حتى يكون طرفا (و الافاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين) مالك المثلث و مالك الثمن (والضمان والتضمن الحقيقى بالنسبة اليهما) فالمشتري يضمن المالك الحقيقى ، بانه ان عطب المثلث يرجع اليه فى استرداد ثمنه ، كما يضمن المشتري على نفسه ، ان عطب الثمن يرجع عليه مالك المثلث

ولذا ينتقل الثمن الى مالك المبيع ، و يدخل فى ضمانه بمجرد

الاجازة .

والحاصل : انه لاتضمن حقيقة فى تسليط المشتري البائع على

الثمن .

وامارجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن

عند انكشاف الخطاء مع انه انماضمنه بمال

باخذ بدل الثمن .

(ولذا) الذى يكون الضمان والتضمن حقيقة بالنسبة الى المالكين

(ينتقل الثمن الى مالك المبيع ، و يدخل فى ضمانه بمجرد الاجازة)

للعقد الفضولى ، ولو كان التضمن بالنسبة الى الغاصب لم يكن وجه

لضمان المالك .

(والحاصل : انه لاتضمن) من قبل المشتري (حقيقة) - وان كان

تضمينا صورة - (فى تسليط المشتري البائع على الثمن) بل انما سلط

المشتري البائع الغاصب على الثمن مجانا .

(و) ان قلت : اى فرق بين صورة علم المشتري بان المثمن ليس ملكا

للبائع ، وبين جهله ، وكما تقولون بضمان البائع فى صورة الجهل قولوا

بالضمان فى صورة العلم ايضا .

قلت : (امارجوع المشتري) الى البائع غير المالك (مع اعتقاد

المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطاء) بان علم المشتري

ان البائع ليس مالكا (مع انه انماضمنه) اى ضمن المشتري البائع (بمال

الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان ، وان كان ماضنه ، به غير ملك له ، ولا يتحقق به التضمين ، لانه انما طاب نفسه بتصرف البائع ، لا اعتقاد كون المثلن ملكاله ، و صيرورته مباحاله بتسليطه عليه ، وهذا مفقود فيما نحن فيه ، لان طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل .

الغير) الذى هو المالك الحقيقى ، وعلى فرض ان المشتري لا يرجع فى صورة علمه من الاول ، يلزم عدم رجوعه ايضا ، فى صورة علمه المتأخر عن المعاملة (فلعدم طيب نفسه) اى المشتري (على تصرف البائع فيه) اى فى المثلن ، بل انما طابت نفسه بتصرف المالك ، و انما له طيب نفس خيالى ، بالنسبة الى البائع (من دون ضمان ، وان كان ماضنه به غير ملك له ، ولا يتحقق به التضمين ، لانه انما طاب نفسه بتصرف البائع ، لا اعتقاد كون المثلن ملكاله) اى للبائع (و) اعتقاده (صيرورته) اى المثلن (مباحاله) اى للمشتري (بتسليطه) اى تسليط البائع المشتري (عليه) اى على المثلن ، فطيب نفس المشتري فى صورة الجهل خيالى ، وليس بواقعى (وهذا مفقود فيما نحن فيه) اى ليس الطيب خياليا ، فى صورة علم المشتري بان البائع غاصب ، بل طيب النفس واقعى (لان طيب النفس) من المشتري (بالتصرف) اى تصرف البائع الغاصب ، فى مال المشتري (والاتلاف) للمثلن مجانا (من دون ضمان له) اى للمثلن (بماله) اى بمال البائع (حاصل) فاذا اتلفه البائع ، ورجع المالك الى المشتري بالمثلن ، لم يكن حق للمشتري فى ان يرجع الى البائع ، لياخذ منه بدل

وما ذكرنا : يظهر ايضا فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث انه ضمن البائع بما يعلم انه لا يضمن الثمن به ، وكذا البائع - مع علمه بالفساد - ضمن المشتري بما يعلم ان المشتري لا يضمن به ، فكانه لم يضمنه بشئ .

المثمن .

(وما ذكرنا) في وجه عدم ضمان البائع للثمن - في صورة علم المشتري بان البائع غاصب - (يظهر ايضا فساد نقض ما ذكرنا) من عدم الضمان (بالبيع مع علم المشتري بالفساد) .

وجه النقض : انه كيف تقولون بان البائع الغاصب ليس ضامنا للمشتري ؟ مع انكم تقولون ان البائع بالبيع الفاسد ، ضامن للمشتري ، فاذا كان ضامنا في البيع الفاسد - مع علم المشتري بالفساد - يلزم ان يكون ضامنا - مع علم المشتري بالغصب - .

وجه الشبه بين المسئلتين ما ذكره بقوله : (حيث انه) اي المشتري (ضمن البائع) اي جعله ضامنا (بما يعلم انه) اي البائع (لا يضمن الثمن به) الضمير عائد الى : ما ، ومصدق : ما ، هو العقد الفاسد (وكذا البائع) بالبيع الفاسد (- مع علمه بالفساد -) للبيع (ضمن المشتري بما يعلم ان المشتري لا يضمن به ، فكانه) اي كان كل واحد من البائع و المشتري (لم يضمنه) اي لم يضمنه الآخر (بشئ) اصلا .

والحاصل : ان العلم بعدم تحقق الضمان ، ان كان موجبا لعدم الضمان - كما تقولون انتم في مسألة عدم ضمان الغاصب في صورة علم

وجه الفساد : ان التضمن الحقيقى حاصل هنالان المضمون به مال الضامن .

غاية الامر ان فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان والتضمن فى نظر الشارع لان المفروض فساد هـ ، فاذا لم

المشتري بانه غاصب — لزم ان تقولوا بعدم الضمان فى صورة علم المشتري بفساد البيع ، من جهة من الجهات .

اذ : الملاك فى المسئلتين واحد ، فاذا قلتم بالضمان فى العقد الفاسد لزم ان تقولوا بالضمان فى العقد مع الغاصب ايضا .

(وجه الفساد) لهذا النقض ، انما يظهر ببيان التفاوت بين المسئلتين ، ف (ان التضمن الحقيقى) اى جعل المشتري البائع ضامنا (حاصل هنا) فى باب البيع الفاسد (لان المضمون به) اى المضمن (مال الضامن) الذى هو البائع .

(غاية الامر) المترتب على فساد العقد (ان فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان) فى البائع (والتضمن) من المشتري للبائع (فى نظر الشارع) اذ : الشارع لم يضمن البائع بالمضمن فى مقابل الثمن ، بان يكون الثمن بدلا عن الثمن ، وانما ضمن البائع بعين الثمن او قيمته — لفرض فساد المعاملة — فان المعاملة اذا صحت كان الثمن مضمونا بمقابل الثمن .

اما اذا كانت المعاملة فاسدة ، فالثمن مضمون بنفسه ، عينا او قيمة (لان المفروض فساد هـ) اى فساد الضمان ، والتضمن المعاملين (فاذا لم

يبض الشارع الضمان الخاص صار اقدم الشخص على الضمان
الحقيقي ، او قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني ، ا و
استيمان عن ماله موجباً لضمانه على الخلاف في مدرك الضمان ، في فاسد
ما يضمن بصحيحه ؟

و شئ منهما غير موجود فيما نحن فيه

يبض الشارع الضمان الخاص (اى كون كل من الثمن و المثلث مضموناً
فى مقابل الآخر) صار اقدم الشخص (كالبائع مثلاً) على الضمان
الحقيقى) - لا الاقدام على الضمان الخيالى ، كما فى بيع الغاصب مع
علم المشتري - (ا) صار (قاعدة اثبات اليد) من البائع - فيما نحن فيه -
(على مال) كالثمن (من دون تسليط) من صاحب المال تسليط (مجاني
او) من دون (استيمان عن ماله موجباً لضمانه) اى ضمان ذلك المال
الذى وضع عليه اليد .

وانما قلنا : اقدم الشخص . . . او قاعدة . . . ، (على الخلاف) بين
الفقهاء (فى مدرك الضمان ، فى) مسئلة (فاسد ما يضمن بصحيحه) اى
قاعدة : ما يضمن بصحيحه ، يضمن بفاسده ، هل مدركها : الاقدام . . . كما
قاله الشيخ - وقد تقدم - ؟ او مدركها : قاعدة اثبات اليد . . . ؟

(و شئ منهما) اى من الاقدام و القاعدة (غير موجود فيما نحن فيه)

اى فى بيع الغاصب - مع علم المشتري بانه غاصب - .

اذ : الغاصب لم يقدم على الضمان ، وانما اخذ الثمن فى مقابل

ما اعطاه من المثلث الذى لم يكن ماله فحسب .

كما اوضحناه بما لا مزيد عليه .

وحاصله : ان دفع المال الى الغاصب ، ليس الاكدفعه — الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع ، وتسليطه على اتلافه فى ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث .

نعم : لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك ، كالخمر ، و الخنزير ، و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال .

وكذا اثبات يده ليس الامانيا ، اذ : المشتري سلب الغاصب على الثمن تسليطا مجانيا ، بعد ان علم ان الثمن ليس مال الغاصب (كما اوضحناه بما لا مزيد عليه) .

(وحاصله) اى حاصل وجه عدم ضمان الغاصب مع علم المشتري بالغصب : (ان دفع) المشتري (المال الى) البائع (الغاصب ، ليس الاكدفعه — الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع ، و ك) تسليطه) اى تسليط المشتري الثالث (على اتلافه) اى اتلاف المال — اى الثمن — (فى ان رد المالك) الحقيقى للثمن باخذ الثمن من المشتري (لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث) فيما لو كان اتلف الثمن .

(نعم : لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك ، كالخمر ، و الخنزير ، و الحر) فيما لو اشترى احد الثلاثة (قوى اطراد) و جريان (ما ذكرنا فيه) اى فى بيع الغاصب مع علم المشتري (من عدم ضمان عوضها) اى عوض الثلاثة (المملوك) للمشتري (مع علم المالك) للثمن (بالحال)

.....

كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد ، هذا .

ولكن اطلاق قولهم : ان كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفساده ،

يقتضى الضمان فيما نحن فيه ، وشبهه

بان الثلاثة لا تملك ، فاذا تلف البائع للخمر او الخنزير او الحر، الثمن

لم يكن للمشتري ان يأخذ بدل الثمن منه ، فيما اذا علم من اول الامر ان

الثلاثة لا تملك .

وانما لا يحق للمشتري اخذ بدل الثمن ، لانه بنفسه سلط البائع

على ثمنه مجانا .

وقوله : نعم ، استثناء من ما تقدم حيث قال : بضمان البائع لما اخذه

بالعقد الفاسد .

والحاصل : ان العقد الفاسد - ان كان فسادا من جهته عدم تملك

التمن - كان حاله حال بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب ، في

عدم ضمان البائع للتمن ، فيما اذا تلف (كما صرح به) اي بعدم الضمان

(شيخ مشايخنا) الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله (في شرحه على

القواعد ، هذا) كله تقرير لعدم ضمان الغاصب البائع ، اذا علم المشتري

بالحال ، وقد تلف الثمن .

(ولكن) مع ذلك يمكن القول بضمانه فان (اطلاق قولهم : ان كل

عقد يضمن بصحيحة يضمن بفساده ، يقتضى الضمان فيما نحن فيه) اي ضمان

البائع الغاصب للتمن بالنسبة الى المشتري العالم بالغصب (وشبهه)

من كل مكان كان الطرف عالما بفساد المعاملة ، ومع ذلك اقدم عليه

.....
نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان ، ففاسده كذلك الا ان يفسر
بما بطلناه سابقا من : ان كل عقد يضمن على فرض صحته ، يضمن على
فرض فساد ، ولا ريب ان العقد - فيما نحن فيه - وفى : مثل البيع
بلائمن ، و : الاجارة بلاجرة ، اذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان ، فكذلك
مع الحكم بالفساد .

لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا فى توضيح هذه
القضية ، فان معناه : ان كل عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه ،

كما فى بيع الخمر والخنزير والحر (نظراً الى ان البيع الصحيح يقتضى
الضمان ، ففاسده كذلك) يقتضى الضمان .

اللهم (الا ان يفسر) قولهم كل عقد الخ (بما بطلناه سابقا) و قلنا :
انه ليس عليه دليل (من : ان كل عقد يضمن على فرض صحته ، يضمن على
فرض فساد ، و) انما يكون على هذا المعنى موجبا للضمان - فيما نحن
فيه - لانه (لا ريب ان العقد - فيما نحن فيه -) من بيع الغاصب مع
علم المشتري (وفى : مثل البيع بلائمن ، و : الاجارة بلاجرة ، اذا فرض
صحيحا لا يكون فيه ضمان) لان المالك اقدم على هدر ماله بلا عوض
(فكذلك مع الحكم بالفساد) لهذه العقود .

مهم

(لكنك عرفت ضعف هذا المعنى) لقا عدة ما لا يضمن (فيما ذكرناه سابقا)
فى توضيح هذه القضية) اذ : الدليل قائم على المعنى الاول لاعلى هذا
المعنى (فان معناه) اى معنى قولهم : ما لا يضمن (ان كل عقد تحقق
الضمان فى الفرد الصحيح منه ،

يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه .

فيختص مورد ها بما اذا كان للعقد فردان فعليان ، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا ، و اخرى فاسدا .

نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه ، بان لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من انواع العقود ، كالبيع ، و الصلح ، بل يراد مطلق المعاملة المالية التى يوجد لها فردان ، صحيح و فاسد .

يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه) ايضا .

(فيختص مورد ها) اى مورد القاعدة (بما اذا كان للعقد فردان فعليان) فرد صحيح ، و فرد فاسد (لا) فيما اذا كان للعقد (الفرد الواحد) فقط (المفروض تارة صحيحا ، و اخرى فاسدا) حتى تقولون ان بيع الغاصب لو كان صحيحا كان المشتري ضامنا ، فكذلك اذا كان فاسدا .
(نعم) يمكن القول بالضمان هنا ، حتى على فرض اخذ فردين للعقد ، ف (يمكن تطبيق المعنى المختار) لقاعدة : « ما لا يضمن (فيما نحن فيه) من بيع الغاصب - مع علم المشتري - (و شبهه) كالاجارة بدون اجرة (بان لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية) كل عقد لا يضمن بصحيحه (خصوص النوع المتعارف من انواع العقود ، كالبيع ، و الصلح) و الرهن ، و الاجارة ، مما تعارف عند الناس (بل يراد مطلق المعاملة المالية التى يوجد لها فردان ، صحيح و فاسد) و ان كان الفاسد غير متعارف اصلا .

فيقال ان مانحن فيه ، و البيع بلائمن ، و الاجارة بلاجرة ، تمليك
بلاعوض من مال الآخر .

و الفرد الصحيح من هذه المعاملة ، و هى الهبة غير المعوضة ،
لاضمان فيها ، ففاسد هاكذلك فتأمل .

و بالجملة ، فمستند المشهور فى مسئلتنا لا يخلو من غموض .
ولذا

(فيقال) فى تقريب الاستدلال لعدم الضمان فى مسئلتنا ، و هى :
مالو اشترى و هو يعلم ان البائع غاصب (ان مانحن فيه ، و) كذلك
(البيع بلائمن ، و الاجارة بلاجرة ، تمليك بلاعوض من مال الآخر)
(« من ») متعلق ب : عوض .

(و الفرد الصحيح من هذه المعاملة ، و هى الهبة غير المعوضة ،
لاضمان فيها ، ففاسد ها) اى فاسد هذه المعاملة — المراد بها الجنس
اى الاعطاء بلاعوض ، هبة كان او اجارة او بيعا — (كذلك) لاضمان
فيها (فتأمل) حيث ان معنى القاعدة ليس هكذا ، و لا دليل على هذا
المعنى ، فهو قول بلا دليل ، ان اريد من القاعدة هذا المعنى .

(و بالجملة ، فمستند المشهور) القائلين بعدم الضمان للغاصب
(فى مسئلتنا) و هى : مالو اشترى المشتري من الغاصب ، و هو يعلم
ان المئمن ليس له (لا يخلو من غموض) لما عرفت من ان مقتضى القاعدة
الضمان .

(ولذا) اى وجود الغموض فى المسئلة ، التى هى ، و مسئلة البيع

.....
 لم يصرح احد بعدم الضمان فى : بعثك بلائمن مع اتفاقهم عليه هنا .
 و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التى هى من قبيل
 الثمن ، فيما نحن فيه .

نعم ذكر الشهيد رة وغيره عدم الضمان فى الاجارة بلاجرة .
 و يؤيد ما ذكرنا : ما دل من الاخبار على كون ثمن الكلب ، و الخمر
 سحتا .

بلائمن ، من واد واحد (لم يصرح احد بعدم الضمان فى : بعثك بلائمن)
 مع ان البائع سلب المشتري على ماله ، بدون ثمن ، بل قالوا : بضمان
 المشتري ، لانه اكل للمال بالباطل (مع اتفاقهم عليه هنا) اى على عدم
 الضمان فى المسئلة .

(و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التى هى من
 قبيل الثمن فيما نحن فيه) لان الراشى سلب المرتشى على ماله بدون
 عوض ، فاذا كان المرتشى ضامنا كان اللازم ان يكون الغاصب فى مسئلتنا
 ايضا ضامنا .

(نعم ذكر الشهيد رة وغيره عدم الضمان فى الاجارة بلاجرة) فلو
 استفاد المستأجر من العين لم يكن عليه ان يعطى الاجرة للموخر .
 (و يؤيد ما ذكرنا) من الضمان فى مسئلة بيع الغاصب (ما دل من
 الاخبار على كون ثمن الكلب ، و الخمر سحتا) مع ان مقتضى ما تقدم -
 من عدم الضمان على الغاصب - ان لا يكون ثمنهما كذلك ، اذ : معطى
 الثمن هو الذى سلب بائع الكلب و الخمر ، على ماله .

وان امكن الذب عنه بان المراد التشبيه فى التحريم ، فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كاصل السحت .

ثم ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ، ثبوت الرجوع اذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه ، بل باع عن المالك ، ودفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة فى ايصاله الى المالك فتلف فى يده ، اذ لم يسلطه عليه ولا اذن له فى

(وان امكن الذب عنه) بما يوجب عدم دلالة الاخبار على الضمان فلا تأييد فى هذه الاخبار للضمان ، فى مسئلتنا (بان المراد) من كلمة : السحت فى هذه الاخبار (التشبيه فى التحريم) وانه من اشد انواع المحرمات (فلا ينافى) كونه سحتا (عدم الضمان) من بائعهما (مع التلف) للثمن فى يده (كاصل السحت) الذى لا ضمان فيه مع التلف .

(ثم ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن) اى عدم رجوع المشتري الى الغاصب بما اعطاه اياه ثمنا للمبيع المنصوب (ثبوت الرجوع) من المشتري الى الغاصب اذا اتلف الثمن ، وقد اخذ المالك المال من المشتري (اذا باع البائع الفضولى) المتاع فى حال كونه (غير بائع لنفسه ، بل باع) الفضول المتاع (عن) طرف (المالك ، ودفع المشتري الثمن اليه) اى الى البائع الفضول (لكونه) اى الفضول (واسطة فى ايصاله الى المالك فتلف) الثمن (فى يده) اى يد الفضول .

وانما قلنا : مقتضى ما ذكرناه ، (اذ) حينئذ المشتري (لم يسلطه) اى الفضول (عليه) على الثمن (ولا اذن) المشتري (له) اى للفضول (فى

.....
التصرف فيه فضلا عن اتلافه .

ولعل كلماتهم و معاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه و
ان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى - مع علم المشتري
بالفضولية - .

وكذا يقوى الرجوع لو اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري
بل اخذه ، بناءً على العقد الواقع بينهما فانه لم يحصل هنا من المشتري

التصرف فيه) اى فى الثمن (فضلا عن) اذنه ب (اتلافه) .

(و) ان قلت : كلماتهم فى عدم ضمان الغاصب مطلقة ، تشمل
صورتي بيع الغاصب لنفسه ، وبيعه للمالك .

قلت : (لعل كلماتهم ومعاهد اتفاقهم) بعد ضمان الغاصب مع علم المشتري
(تختص بالغاصب البائع لنفسه) لأنهم يقولون بان المشتري سلطه على ما لمجانا
ومن المعلوم : ان ذلك انما ينطبق على البائع لنفسه (وان كان
ظاهر بعضهم ثبوت الحكم) بعدم الضمان (فى مطلق الفضولى - مع
علم المشتري بالفضولية -) لان المشتري هو الذى سلب احترام مال نفسه .
(وكذا يقوى الرجوع) اى رجوع المشتري على البائع بالثمن (لو
اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري) كما لو عقدا ، فاخذ البائع
الثمن من محل كان فيه الثمن (بل اخذه ، بناءً على العقد الواقع بينهما)
فضولة منه واصله من المشتري .

وانما يقوى الرجوع (فانه لم يحصل هنا) فى صورة اخذ البائع الثمن
بنفسه (من المشتري

تسليط الابالعقد .

والتسليط العقدى — مع فساد ه — غير مؤثر فى رفع الضمان .
ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم باباحة تصرف البائع الغاصب فيه مع
اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد فى الاباحة .
وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن ، لو اخذ
العين صاحبها .

تسليط) للبائع على الثمن ، حتى يكون المشتري هو الذى سلب احترام
مال نفسه (الابالعقد) .

(والتسليط العقدى) مقابل التسليط الخارجى باعطاء المشتري
المال الى البائع (— مع فساد ه —) اى فساد العقد (غير مؤثر فى رفع
الضمان) اذ : قاعدة اليد شاملة له .

(ويكشف عن ذلك) اى كون التسليط العقدى غير رافع للضمان
(تصريح غير واحد منهم باباحة تصرف البائع الغاصب فيه) اى فى الثمن (مع
اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد فى الاباحة) فالعقد ليس
موجبا للاباحة ، وانما الموجب ، التسليط الخارجى ، فاذا لم يكن تسليط
خارجى من المشتري ، لم تكن اباحة ، واذا لم يبيع المشتري يكون البائع
الآخذ للثمن ضامنا له .

(وكذا يقوى الضمان لو اشترط) المشتري (على البائع الرجوع)
من المشتري الى البائع (بالثمن ، لو اخذ العين صاحبها) فانه لم يبيع
المشتري — حين هذا الشرط — الثمن للغاصب مطلقا ، بل اباحه له فى

ولو كان الثمن كليا فدفعت اليه المشتري بعض افراده ، فالظاهر عدم الرجوع ، لانه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا .

المسألة الثانية : ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن .

فاما ان يكون من مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن اذا رجع المالك به على المشتري ، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين ،

صورة عدم رجوع المالك ، فاذا رجع المالك ، كان للمشتري الرجوع الى البائع حسب الشرط .

(ولو كان الثمن كليا) - هذا اول الكلام - وذلك بان اشترى المشتري المال المغصوب بدينار كلتي - لاشخصي ، مثلا - (فدفعت اليه) الى البائع (المشتري بعض افراده) اي بعض افراد الكلّي (فالظاهر عدم الرجوع) من المشتري الى البائع في الثمن ، اذا رجع المالك الى المشتري بالثمن (لانه) اي الفرد الكلّي (كالثمن المعين في تسليطه) اي تسليط المشتري البائع (عليه) اي على الثمن (مجانا) فلاحق له في الرجوع عليه بعد ان اذهب هو بنفسه احترام ماله .

(المسألة الثانية) في حكم المشتري مع الفضولي (ان المشتري) من الغاصب (اذا اغترم للمالك) الذي رجع على المشتري بماله (غير الثمن) مما يستحقّه المالك .

(فاما ان يكون) غير الثمن (من مقابل العين) المشتراة (كزيادة القيمة على الثمن اذا رجع المالك بها) اي بتلك الزيادة (على المشتري) كأن كانت القيمة المأخوذة منه (اي التي اخذها المالك من المشتري) عشرين

والثمن عشرة •

واما ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، ووطى الجارية، واللبن، والصوف، والثمرة •
واما ان يكون غرامة لم يحصل له فى مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه فى العمارة، وماتلف منه، اوضاع من الغرس، والحفر،

والثمن عشرة) فان المشتري حينئذ دفع ثلاثين، عشرة للغاصب، و عشرين للمالك، وقد اتلف العين •

فان قلنا: بأخذه الزيادة يلزم ان يأخذ من الغاصب عشرين، حتى تكون العين التى اتلفها عليه عشرة •

وان قلنا: بعدم اخذه الزيادة، يلزم ان يأخذ من الغاصب عشرة حتى تكون العين التى اتلفها عليه عشرين •

(واما ان يكون) غير الثمن (فى مقابل ما استوفاه المشتري) من المبيع (كسكنى الدار، ووطى الجارية، واللبن، والصوف، والثمرة) بان حسبها المالك، و اضاف قيمتها على قيمة العين، و اخذ الجميع من المشتري •

(واما ان يكون) غير الثمن — الذى يأخذه المالك من المشتري — (غرامة لم يحصل له) اى للمشتري (فى مقابلها نفع، كالنفقة) التى صرفها على الحيوان، والعبد، والنبات (وما صرفه فى العمارة) للدار المشتراة — مثلا — (وماتلف منه) اى من المبيع (اوضاع من الغرس، و الحفر) بان صار المحل محفورا بفعل الماء او المطر او ما شبه مما سبب

.....
 او اعطائه قيمة للولد المنعقد حراً ، ونحو ذلك ، او نقص من الصفات ، و
 الاجزاء .

ثم المشتري ان كان عالماً فلارجوع فى شئ من هذه الموارد ، لعدم
 الدليل عليه .

وان كان جاهلاً فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب - كما
 فى « ض » وعن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع ، بل فى

ضياعاً على رب الارض (او اعطائه قيمة للولد المنعقد حراً) فانه اذا استولد
 الامة ، فالولد حر ، لكنه مكلف بان يدفع قيمة الولد - اذا كان عبداً -
 الى صاحب الامة (ونحو ذلك) من الغرامات كاعطائه حصه السلطان
 او خمس المال المرتفع قيمته (او نقص من الصفات) كان بلى الثوب
 فاعطى المشتري للمالك قيمة هذا النقص (و الاجزاء) كما لو تلف بعض
 اجزاء المبيع .

(ثم المشتري ان كان عالماً) بان البائع غاصب (فلارجوع) له الى
 البائع (فى شئ من هذه الموارد) لان المشتري هو الذى اقدم على
 ضرر نفسه ، فلا يشمل دليل : لاضرر (لعدم الدليل عليه) اى على الرجوع
 فالاصل برائة ذمة البائع .

(وان كان) المشتري (جاهلاً) بان البائع غاصب (فاما الثالث)
 اى الغرامة التى لم يحصل فى مقابلها نفع (فالمعروف من مذهب الاصحاب
 - كما فى « ض » وعن الكفاية) للسبزواري (رجوع المشتري الجاهل) بكون
 البائع غاصباً (بها) اى بهذه الغرامات (على البائع ، بل فى

كلام بعض تبعاً للمحكى عن فخر الاسلام فى شرح الارشاد ، د عوى
الاجماع على الرجوع بمالم يحصل فى مقابله نفع وفى التحرير : انه
يرجع قولاً واحداً ، وفى كلام المحقق ، والشهيد الثانيتين فى كتاب
الضمان : نفى الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري اذا
قلعه المالك .

وبالجملة : فالظاهر عدم الخلاف فى المسئلة للغرور ، فان البائع
مغرور للمشتري ، و موقع اياه فى خطرات الضمان ، و متلف عليه

كلام بعض تبعاً للمحكى عن فخر الاسلام فى شرح الارشاد ، د عوى
الاجماع على الرجوع بمالم يحصل فى مقابله نفع (للمشتري) وفى
التحرير : انه يرجع قولاً واحداً (اى لا خلاف فى رجوعه) وفى كلام المحقق
والشهيد الثانيتين فى كتاب الضمان : نفى الاشكال عن ضمان البائع
لدرك ما يحدثه المشتري اذا قلعه المالك) .

المراد بالدرك الخسارة و ذلك كما اذا غرس المشتري فى الارض ، او
عمر فيها بالبناء ، و حفر البئر و ماشبه ، ثم اتلف المالك الغرس بقلعه ،
و العمارة بهدمها ، و البئر بطمها - مثلاً - .

(وبالجملة : فالظاهر عدم الخلاف فى المسئلة) اى مسئلة رجوع
المشتري الجاهل الى البائع الغاصب بما اغترمه المشتري ، و ذلك
(للغرور) فان المشتري مغرور والمغرور يرجع الى من غره (فان البائع مغرور
للمشتري ، و موقع اياه فى خطرات الضمان) اى فى خطر ان يكون
ضامناً للمالك بما يفعله فى ماله (و متلف) اى البائع (عليه) اى على

.....
 ما يغرمه ، فهو كشاهد الزور الذى يرجع اليه اذ ارجع من شهادته و
 لقا عدة : نفى الضرر مضافا الى ظاهر رواية جميل ، او فحواها عن الرجل
 يشتري الجارية من السوق ، فيولدها ، ثم يجيئ مستحق الجارية ، قال :
 يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على
 من باعه بثمن الجارية ، وقيمة الولد التى اخذت منه فان حرية ولد
 المشتري ، اما ان يعد نفعا عائدا اليه ،

المشتري (ما يغرمه) المشتري للمالك (فهو) اى البائع (كشاهد الزور
 الذى يرجع اليه) : يرجع ، بصيغة المجهول (اذ ارجع من شهادته)
 فانه اذا شهد شاهدان على انسان بانه سرق مال زيد ، فاخذ المال من
 المشهود عليه ، ثم رجع الشاهدان ، يجب عليهما تحمل غرامة المشهود
 عليه (ولقا عدة : نفى الضرر) فانه لا ضرر على المشتري ، لكن لا يخفى ان
 هذا بناء على افادة قاعده : لا ضرر للحكم الايجابى (مضافا الى ظاهر
 رواية جميل ، او فحواها) اى المناط المستفاد منها (عن الرجل يشتري
 الجارية من السوق ، فيولدها ، ثم يجيئ مستحق الجارية) اى المالك لها
 واقعا (قال : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه) اى الى المستحق
 (المبتاع) اى المشتري (قيمة الولد) لان الولد انعقد حرا
 فتلف على مالك الجارية (ويرجع) المشتري (على من باعه) الجارية
 (بثمن الجارية ، وقيمة الولد التى اخذت منه) .

وجه الاستدلال بهذه الرواية لتحمل البائع غرامة المشتري بما ذكره
 بقوله : (فان حرية ولد المشتري ، اما ان يعد نفعا عائدا اليه) اى الى

اولا ؟

وعلى التقديرين يثبت المطلوب .

مع ان فى توصيف قيمة الولد بانها اخذت منه ، نوع اشعار لعلية الحكم فيطرد فى سائر ما اخذت منه ، واما السكوت عن رجوع المشتري الى البائع

المشتري (اولا) بل هدراً محض المال المالك .

(وعلى التقديرين يثبت المطلوب) الذى هو غرامة البائع

للمشتري بما اغترمه المشتري .

اما على التقدير الاول ، اى كون الولد نفعا عائدا الى المشتري ، فانه اذا اغترم البائع قيمة النفع العائد الى المشتري ، فبطريق اولى يغترم ما غرمه المشتري بدون نفع عائد اليه ، وهذا ما اشار اليه بقوله : وافحواها . واما على التقدير الثانى ، اى كون حرية الولد هدرا ، بدون ان يكون نفعا عائدا الى المشتري ، فالرواية تدل على المطلوب مطابقة ، و اليه اشار بقوله : مضافا الى رواية جميل .

(مع ان فى توصيف قيمة الولد) فى الرواية (بانها اخذت منه ، نوع اشعار) عرفى (لعلية الحكم) وان العلة فى رجوع المشتري الى البائع انما هى اخذ المالك من المشتري (فيطرد) الحكم بأخذ المشتري من البائع (فى سائر ما اخذت منه) من قبل المالك .

فكل شئ حكم الشارع بان المالك يأخذه من المشتري ، كان للمشتري ان يأخذه من البائع (واما السكوت) التى نجد ها (عن رجوع المشتري الى البائع

— فى بعض الاخبار— فهو لعدم كونه مسوقا لذلك ، كرواية زرارة فى رجل اشترى من سوق المسلمين جارية ، فخرج بها الى ارضه ، فولدت منه اولادا ، ثم اتاها من يزعم انها له ، واقام على ذلك البينة ، قال يقبض ولده ، ويدفع اليه الجارية ، ويعوضه من قيمة ما اصاب من لبنها ، وخدمتها .

و رواية زريق ، قال : كنت عند ابي عبد الله عليه السلام يوما ، اذ دخل عليه رجلان ، فقال احدهما : انه كان على مال لرجل من بنى عمار ، وله

— فى بعض الاخبار—) كالرواية الآتية (فهو لعدم كونه) اى ذلك البعض (مسوقا لذلك) اى لبيان رجوع المشتري ، فلا يدل السكوت على عدم الرجوع .

فما استدل به صاحب الحقائق من السكوت فى رواية زرارة غير تام (كرواية زرارة فى رجل اشترى من سوق المسلمين جارية ، فخرج بها الى ارضه ، فولدت) الجارية (منه اولادا ، ثم اتاها) اى الجارية (من يزعم انها له ؟ وان البائع باعها اعتباطا) واقام على ذلك البينة قال (عليه السلام) (يقبض) المشتري (ولده) المراد به جنس الولد (ويدفع اليه الجارية ويعوضه) اى يعطى المشتري لصاحب الجارية (من قيمة ما اصاب) و انتفع (من لبنها ، وخدمتها) فانها كما ترى لم تذكر قيمة الولد .

(و رواية زريق ، قال : كنت عند ابي عبد الله عليه السلام يوما ، اذ دخل عليه رجلان ، فقال احدهما : انه كان على مال لرجل من بنى عمار ، وله) اى للدائن

بذلك ذكر حق وشهود ، فاخذ المال ، ولم استرجع عنه الذكر بالحق ولا كتبت عليه كتابا ، ولا اخذت منه براءة بذلك ، وذلك لاني وثقت به ، وقلت له : مزق الذكر الحق الذي عندك ، فمات وتهاون بذلك ، ولم يميزه ، وعقيب هذا طالبني بالمال ورآته وحاكموني واخرجوا بذلك ذكر الحق ، واقاموا العدول ، فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال وكان المال كثيرا ، فتواريت عن الحاكم ، فباع على قاضى الكوفة معيشة لى ، وقبض القوم المال ، وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم ان ورثة الميت اقروا ان اباهم قد

(بذلك) بمقابل الدّين (ذكر حق) اى كتابة (وشهود ، فاخذ) الدّائن (المال ، ولم استرجع عنه الذكر) الكتابة (بالحق) الذى كان له على (و) لا كتبت عليه كتابا (يدل على انه استوفى منى دينه) ولا اخذت منه براءة (بذلك) هذا عطف بيان لقوله : ولا كتبت ، (وذلك) اى انى انما تركت اخذ البرائة (لاني وثقت به ، وقلت له : مزق الذكر الحق الذى عندك ، فمات وتهاون بذلك) قبل موته (ولم يميزه ، وعقيب هذا) الموت له (طالبني بالمال ورآته ، وحاكموني) جلبوني الى الحاكم (واخرجوا بذلك) بطلبهم للمال منى (ذكر الحق ، واقاموا) الشهود (العدول ، فشهدوا عند الحاكم ، فاخذت) بصيغة المجهول (بالمال ، وكان المال كثيرا ، فتواريت عن الحاكم ، فباع على قاضى الكوفة معيشة لى) محلا كنت استعيش به (وقبض القوم المال ، وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ، ثم) بعد ذلك (ان ورثة الميت اقروا ان اباهم قد

قبض المال وقد سئلوه ان يرد على معيشتي ، ويعطونه الثمن في انجم معلومة ، فقال : انى احب ان اسئل ابا عبد الله عليه السلام ، عن هذا فقال الرجل - يعنى المشتري - كيف اصنع ؟ جعلت فداك ، قال : تصنع ان ترجع بمالك على الورثة ، وترد المعيشة الى صاحبها ، وتخرج يدك عنها ، قال : فاذا فعلت ذلك ، له ان يطالبني بغير هذا ، قال نعم له ان يأخذ منك ما اخذت من الغلة من ثمن الثمار ، وكل ما كان مرسوما في المعيشة يوم اشتريتها ، يجب ان ترد ذلك ،

قبض المال ، وقد سئلوه ان يرد على معيشتي ، ويعطونه) اى بمقابل رده لمعيشتي (الثمن) الذى اخذوه منه (فى انجم) اى فى اوقات معينة لقبضه الثمن (معلومة) اقساطا (فقال) الرجل المشتري (انى احب ان اسئل ابا عبد الله عليه السلام ، عن هذا) وانه ما هو تكلفى بالنسبة الى المعيشة المردودة ؟ (فقال الرجل - يعنى المشتري -) وهوالذى قال : انى احب ان اسئل ابا عبد الله (ع) (كيف اصنع ؟ جعلت فداك قال : تصنع ان ترجع) بصيغة المعلوم (بمالك على الورثة) بان تأخذ الثمن من الورثة (وترد المعيشة الى صاحبها ، وتخرج يدك عنها ، قال) المشتري (فاذا فعلت ذلك) بان ارجعت المعيشة الى صاحبها ، هل (له) اى لصاحب المعيشة (ان يطالبني بغير هذا) من سائر منافع المعيشة ؟ (قال) عليه السلام (نعم له ان يأخذ منك ما اخذت من الغلة من ثمن الثمار) التى كانت للمعيشة (وكل ما كان مرسوما في المعيشة) اى موجودا فيها (يوم اشتريتها ، يجب ان ترد ذلك) بوجه قيمتها - مثلا -

.....
 الا ما كان من زرع زرعه انت ، فان للزارع اما قيمة الزرع ، واما ان يصبر
 عليك الى وقت حصاد الزرع ، فان لم يفعل ذلك كان ذلك له ، وورد عليك
 القيمة وكان الزرع له ، قلت : جعلت فداك فان كان هذا قد احدث فيها
 بناءً ، او غرسا قال له قيمة ذلك ، او يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و
 يأخذه ، قلت : رأيت ان كان فيها غرس ، او بناءً ، فقلع الغرس ، وهدم
 البناء ، فقال يرد ذلك الى ما كان ، او يغرم القيمة

(الا ما كان من) المرسوم من (زرع زرعه انت) - والاستثناء منقطع كما
 لا يخفى - (فان للزارع) اى انت (اما قيمة الزرع) بان يعطيك القيمة و
 يكون الزرع له (واما ان يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع) ثم تأخذ انت
 الزرع (فان لم يفعل) مالك المعيشة (ذلك) اى الصبر حتى وقت
 الحصاد (كان ذلك) اى عدم الصبر (له) اى لمالك المعيشة (وورد عليك
 القيمة) للزرع (وكان الزرع له) لانه اشتراه بماله (قلت : جعلت
 فداك فان كان هذا) المشتري (قد احدث فيها) اى فى المعيشة
 (بناءً ، او غرسا) فماذا يكون مصير ما احدثه ؟ (قال) عليه السلام (له
 قيمة ذلك) ان اراد المالك اشتراؤه منه (او يكون ذلك المحدث)
 بصيغة المفعول (بعينه يقلعه و يأخذه) اذالم يرد مالك المعيشة
 اشتراؤه (قلت : رأيت) اى اخبرنى (ان كان فيها) اى فى المعيشة
 قبل ان يأخذها المشتري (غرس ، او بناءً ، فقلع) المشتري (الغرس ،
 وهدم البناء) فماذا على المشتري بالنسبة الى المالك ؟ (فقال) عليه
 السلام (يرد ذلك) الذى قلعه او هدمه (الى ما كان ، او يغرم القيمة)

لصاحب الارض ، فاذا رد جميع ما اخذ من غلاتها على صاحبها ، و رد البناء و الغرس و كل محدث الى ما كان ، او رد القيمة كذلك ، يجب على صاحب الارض ان يرد عليه كلما خرج منه فى اصلاح المعيشة ، من : قيمة غرس ، او بناء او نفقة فى مصلحة المعيشة ، و دفع النوائب كل ذلك مردود اليه أه .

وفيه : مع - انا نمنع ورودها الا فى مقام حكم المشتري مع المالك - ان السكوت

اي قيمة ذلك الغرس و البناء (لصاحب الارض ، فاذا رد) المشتري (جميع ما اخذ من غلاتها على صاحبها ، و رد البناء و الغرس و كل محدث) كل ما احدث من : هدم او قلع (الى ما كان ، او رد القيمة) للغرس المقلوع ، و البناء المهدوم (كذلك) اي قيمة مثل ما كان (يجب على صاحب الارض ان يرد عليه) اي على المشتري (كلما خرج منه) اي من كيس المشتري (فى اصلاح المعيشة ، من : قيمة غرس ، او بناء ، او نفقة فى مصلحة المعيشة ، و دفع النوائب) عنها كما صرفه فى دفع الجراد ، او منع السيل من الوصول اليها ، و ما شبه (كل ذلك) الذى صرفه المشتري ، فهو (مردود اليه أه) .

فهذه الروايات مما استدل بهالعدم رجوع المشتري الى البائع ، لانها سكنت فى مقام البيان .

(وفيه : مع - انا نمنع ورودها) اي ورود هذه الاخبار (الا فى مقام حكم المشتري مع المالك -) لا مع البائع ، اذ ليس مقام الكلام فى هذه الروايات حكم المشتري مع البائع ، فلا تدل الروايات على النفي (ان السكوت)

فى مقام البيان لا يعارض الدليل ، مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع الى البائع ، مع ان البائع فى قضية زريق هو القاضى ، فان كان قضائه صحيحا لم يتوجه اليه غرم ، لان الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها ، وان كان قضائه باطلا ، كما هو الظاهر ، فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف ، و تصرفه فى امور المسلمين ، فهو عالم بفساد البيع ، فلارجوع له .

لو سلمناه فى هذه الروايات (فى مقام البيان لا يعارض الدليل) وقد تقدم وجود الدليل ، فاللازم حمل السكوت على وجه اقتضى ذلك .
هذا (مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع الى البائع) لان المتعارف ان الغريب الذى يشتري شيئا من السوق لا يعرف البائع بعد ذلك اذا اراد الرجوع ، خصوصا بعد سنين متطاولة حتى يولد الجارية اولادا (مع ان البائع فى قضية زريق هو القاضى ، فان كان قضائه صحيحا لم يتوجه اليه غرم) اى غرامة (لان الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها) اى بالبيئة فلا رجوع للمشتري عليه (وان كان قضائه باطلا كما هو الظاهر ، فالظاهر علم المشتري) فى مورد الرواية (ببطلان قضاء المخالف) للحق (و) بطلان (تصرفه فى امور المسلمين ، فهو) اى المشتري (عالم بفساد البيع) .
و حيث كان عالما (فلارجوع له) اى للمشتري العالم بالفساد ، لانه هو الذى اهدر احترام مال نفسه .

هذا ولا يخفى ورود بعض الاشكالات على الشيخ ، ذكرها الطباطبائى

.....
 واما الثانى : وهو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل اليه من المنافع
 والنماء ، ففى الرجوع بها خلاف ، اقواها الرجوع ، وفاقا للمحكى عن
 المبسوط ، والمحقق والعلامة ، فى التجارة ، والشهيدى ، والمحقق
 الثانى ، وغيرهم ، وعن التنقيح ان عليه الفتوى ، لقاعدة الغرور المتفق
 عليها ظاهر فى من قدم مال الغير الى غيره الجاهل

وغيره اعرضنا عنها ، لانها لتلائم الشرح الذى نحن بصدده .
 (واما الثانى : وهو ما غرمه) اى المشتري للمالك (فى مقابل النفع
 الواصل اليه من المنافع) كاللبن والتمر (والنماء) الذى حصل للشئ
 عند المشتري ، كَأَنَّ سَمِنْتَ الدَّائِبَةِ ، حيث ان قيمتها صارت عشرين بعد ان
 كانت فى زمن هزالها عشرة (ففى الرجوع) اى رجوع المشتري (بها)
 الى البائع (خلاف ، اقواها) اى اقوى الاقوال من الرجوع مطلقا ، و
 عدم الرجوع مطلقا ، والتفصيل (الرجوع ، وفاقا للمحكى عن المبسوط ، و
 المحقق ، والعلامة ، فى) كتاب (التجارة ، والشهيدى ، والمحقق
 الثانى ، وغيرهم ، وعن التنقيح ان عليه) اى الرجوع (الفتوى) مما
 ظاهره الاتفاق (لقاعدة الغرور) اى قوله عليه السلام : المغرور يرجع
 الى من غرّ ، فان الظاهر من البائع ، قوله للمشتري : انك ان اشتريت
 هذا المتاع كانت المنافع لك ، من دون عوض ، فهو غرّه بهذا الظاهر
 فله ان يرجع عليه (المتفق عليها ظاهرا) حسب ما نستظهره من ان كل
 من تعرض للمسئلة لم يشر الى خلاف فيها ، فانهم تعرضوا الى هذه
 القاعدة (فى من قدم مال الغير الى غيره الجاهل) بكون هذا المال

فألكه .

ويؤيده : قاعده نفى الضرر ، فان تغريم من اقدم على اتلاف شئ من دون عوض مغرورا من آخر بائى له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه الى من غره فى ذلك ضرر عظيم .
و مجرد رجوع عوضه اليه لا يدفع

ليس للمقدم (فألكه) بعنوان انه مجانى ، ثم ظهر صاحبه ، فان لصاحبه الحق فى الرجوع الى كل من المقدم والآكل .
واذا رجع الى الآكل ، كان له الحق فى ان يرجع الى المقدم ، مع ان الآكل استوفى الشئ بنفسه ، لكنه حيث اقدم على المجانية ، بتغريم المقدم كان له الرجوع الى من غره .
ولا فرق بين هذه المسئلة ، وبين مانحن فيه من المشتري الجاهل المستوفى لمنافع المبيع .

نعم : هذا يتم بالنسبة الى المنافع التى استوفها اما النماء الموجود فلا (ويؤيده) اى يؤيد حق المشتري فى الرجوع الى البائع (قاعده نفى الضرر ، فان تغريم) الشارع (من اقدم على اتلاف شئ من دون عوض) فى حال كون من اقدم (مغرورا من آخر) حيث غره (بان له) اى للمتلف (ذلك) الاتلاف (مجانا) وبالعوض (من دون الحكم) من الشارع (برجوعه) اى المتلف (الى من غره فى ذلك) الاتلاف (ضرر عظيم)
فمقتضى : لاضرر ، انه يحق له الرجوع الى من غره .

(و مجرد رجوع عوضه) اى المتلف (اليه) اى الى المتلف (لا يدفع

الضرر .

وكيف كان ، فصدق الضرر ، و اضرار الغاربه مما لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد ، فمافى الرياض من انه : لا دليل على قاعدة : الغرور اذا لم تنطبق مع قاعدة نفى

الضرر) اللاحق به من جراء لزوم اعطاء عوض النماء ، مثلاً : ان من اشترى بستاناً بالف و تصرف في خيراتهِ الموازية لخمسَةِ آلاف ، اذا كلف باعطاء ستة آلاف الى مالك البستان الواقعي ، من دون ان يحق له ان يأخذ الا بقدر الف فقط ، يكون قد تضرر بخمسَةِ آلاف ، و هو ضرر عظيم عرفاً .

فدليل : لاضرر ، يرفع قول انه لا يحق له الرجوع الى الغارّ .
و نتيجته : ان له حقاً في ان يرجع الى الغارّ بكل الستة آلاف .
(وكيف كان ، فصدق الضرر) بالنسبة الى الخمسة الآلاف - مثلاً -
(و) صدق (اضرار الغارّيه) اي ان الغار هو الذي اضر بهذا الانسان (مما لا يخفى) فهو الضارّ .

و المتضرر يرجع الى من ضرّه (خصوصاً في بعض الموارد) الذي صدق الضرر .

واضرار الغارّ بالمتضرر ، واضح جداً كما لو كان المغرور يصرف ماله كان مكلفاً بقيمة لم يصرفه كما لو كان يركب الدابة كل يوم للتنزه المجرد ، و ما شبه ذلك (فمافى الرياض من انه : لا دليل على قاعدة : الغرور) اي قاعدة : المغرور يرجع الى من غرّ (اذا لم تنطبق مع قاعدة نفى

الضرر المفقود فى المقام لوصول العوض الى المشتري ، لا يخلو عن شئ مضافا الى ما قيل عليه من منع مدخلىة الضرر فى قاعده : الغرور ، بل هى مبنية على قوة السبب على المباشر

(الضرر) اذ : اذا كان هناك ضرر ، كان البائع هو الذى غره ، واما اذا لم يكن ضرر ، فلم يكون البائع غارا ؟ فلا يَحتمل البائع الضرر (المفقود) ذلك الضرر (فى المقام) فانه لم يتضرر المشتري اذ : لو كان الضرر من حيث اصل القيمة فقد وصلت القيمة الى المشتري ، ولو كان الضرر من حيث لزوم اعطائه قيمة ما صرفه من النماء ، فانه ليس ضررا ، اذ : قد صرف النماء بنفسه ، فلا ضرر فى دفع قيمته .

واذا لم يكن هناك ضرر ، لم تصدق قاعده الغرور .
والحاصل : ان ما فى مقابل العين يأخذه المشتري من البائع ، و ما فى مقابل النماء الذى صرفه ، لا ضرر على المشتري فى دفعه الى المالك (لوصول العوض) الذى هو النماء (الى المشتري) .

وقوله : (لا يخلو عن شئ) خبر قوله : فمافى الرياض .
وجه الاشكال : ان الضرر هنا موجود كما عرفت (مضافا الى ما قيل عليه) اى ما اشكل على الرياض - والمستشكل هو صاحب الجواهر - (من منع مدخلىة الضرر فى قاعده : الغرور) فالضمان موجود لقا عده : الغرر سواء كان هناك ضرر ، ام لا ؟ (بل هى) اى قاعده الغرور (مبنية على قوة السبب على المباشر) بمعنى ان السبب لو كان اقوى كان الضمان عليه ، فهو مثل ان يعطى زيد لعمرى طعاما باعتبار انه لزيد ، فاكله زيد ، فان

لكنه لا يخلو من نظر، لانه انما يدعى اختصاص دليل الغرور — من النصوص الخاصة، والاجماع بصورة الضرر.

واما قوة السبب على المباشر ليست — بنفسها — دليلا على رجوع المغرور، الا اذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا اليه، كما في المكره و كما في الريح العاصف الموجب للاحراق، والشمس الموجبة لاذابة الدهن

عمرو ليس ضامنا لمالك الطعام، وانما الضامن هو زيد، لان السبب اقوى من المباشر، فانه لا ضرر هنا، وانما غرر، والغرر يوجب الضمان للغار، لا للمغرور (لكنه) اى كون قاعدته: الغرور من باب قوة السبب على المباشر، لا من باب قاعدة: الضرر (لا يخلو من نظر) بل الغرور ومن باب الضرر (لانه) اى صاحب الرياض (انما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة، والاجماع) على ان المغرور يرجع الى من غرر (بصورة الضرر) بان يكون المغرور متضررا، فاذا لم يكن المغرور متضررا لم يكن وجه لرجوع المغرور الى من غره.

(واما قوة السبب على المباشر) التى استدل بها صاحب الجواهر وجه الرجوع للمغرور الى الغار — وان لم يكن ضرر فى البين — فليست — بنفسها — دليلا على رجوع المغرور (مطلقا) الا اذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا اليه) اى الى السبب، كما في مثال الضيافة بمال مغصوب (كما في المكره) الذى او جر فى حلقه، او امر بالاكل، والاضرب عنقه (وكما في الريح العاصف الموجب للاحراق، والشمس الموجبة لاذابة الدهن

واراقتها ، و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا ، كما
نسب الى ظاهر الاصحاب ، فى المكروه ، لكون المباشر بمنزلة الآلة •
واما فى غير ذلك ، فالضمان او قرار الضمان فيه يحتاج الى دليل
مفقود ، فلا بد من الرجوع

واراقتها) فان الانسان اذا جعل النار فى الريح العاصف فاجبت
الاحراق ، و الدهن فى مقابل الشمس يكون هو الضامن لهما ، لان
الانسان سبب اقوى ، من النار و الشمس المباشرتين للاحراق و الازابة
(و المتجه فى مثل ذلك) الذى كان السبب اقوى من المباشر (عدم
الرجوع الى المباشر) كالمكروه — بالفتح — (اصلا ، كما نسب الى ظاهر
الاصحاب ، فى) باب (المكروه ، لكون المباشر) للاتلاف (بمنزلة الآلة) و
لا تكون ضامنة ،

ولو قلنا : ان دليل الرفع يشمل الاحكام الوصفية يكون رفع
الاكراه دليلا آخر لعدم ضمان المكروه •
(و اما فى غير ذلك) اى ما لم يكن المباشر بمنزلة الآلة (فالضمان ،
او قرار الضمان فيه) على من صار سببا للاتلاف ، كالذى باع الضيعة
للمشتري ، فى حال كون الضيعة مغصوبة ، فاستفاد المشتري من نمائها
(يحتاج الى دليل مفقود) فى المقام •

اذ : لا دليل على ان المتلف لو لم يكن كآلة ، يكون غيره الغار
للمتلف ضامنا ، فيشمل المتلف دليل : ضمان من اتلف مال الغير ، و دليل
على اليد (فلا بد من الرجوع) فى ضمان الغار — فى حال ان المتلف لم

بالاخرة الى : قاعدة الضرر .

او الاجماع المدعى فى الايضاح على تقديم السبب ، اذا كان اقوى .

او بالاخبار الواردة فى الموارد المتفرقة .

او كون الغار سبباً فى تغريم المغرور ، فكان كشاهد الزور فى

ضمان ما يؤخذ لشهادته ، ولا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه اما

الاخير فواضح .

يكن آلة محضة - (بالاخرة الى : قاعدة الضرر) كما تقدم ، فان جعل

الضمان على المثلث ، ضرر عليه ، فهو منفي ، فالضمان على الغار .

(او الى (الاجماع المدعى فى الايضاح على تقديم) ضمان (السبب)

على ضمان المباشر (اذا كان) السبب (اقوى) وان لم يكن المباشر كالآلة .

(او بالاخبار الواردة فى الموارد المتفرقة) الدالة على ضمان الغار .

(او الى (كون الغار سبباً) عرفياً ، فلا ينافى ما تقدم من عدم كون

الدليل ، هو كونه سبباً (فى تغريم) المالك (المغرور ، فكان) الغار

(كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ لشهادته) كرواية جميل ، عن احدهما

عليهما السلام ، فى الشهود اذا شهدوا على رجل ، ثم رجعوا عن شهادتهم

وقد قضى على الرجل ، فقد ضمنوا ما شهدوا به وغرموه ، ومثلها غيرها من

سائر الاخبار (ولا ريب فى ثبوت هذه الوجوه) قاعدة الضرر ، و الاجماع

والاخبار ، و كونه كشاهد الزور (فيما نحن فيه) اى ما غرمه المشتري فى

مقابل الواصل اليه ، فانه يرجع بكل ما غرم الى من باعه (اما)

الوجه (الاخير) كونه كشاهد الزور (فواضح) لما عرفت من انه سبب عرفى

واما الاول فقد عرفته .

واما الاجماع ، والاخبار فهما وان لم يرد فى خصوص المسئلة
الان تحققهما فى نظائر المسئلة ، كاف ، فان رجوع اكل طعام الغير
الى من غره ، بدعوى تملكه ، و اباحت له مورد الاجماع ، ظاهرا و رجوع
المحكوم عليه الى شاهدى الزور مورد الاخبار ولا يوجد فرق بينهما وبين
مانحن فيه اصلا .

فيكون حاله حال شاهد الزور .

(و اما الاول) اى قاعده الضرر (فقد عرفته) و انه عرفا قد اضر البائع
بالمشتري ، خصوصا فى بعض الموارد .

(و اما الاجماع) الذى ادعاه الايضاح (و الاخبار) الواردة فى
الموارد المتفرقة (فهما وان لم يرد فى خصوص المسئلة) اى مسئلة النماء
المستوفى من قبل المشتري (الان تحققهما) اى الاجماع و الاخبار (فى
نظائر المسئلة ، كاف) لسحبهما الى هذه المسئلة لوحدة المناط (فان
رجوع اكل طعام الغير الى من غره ، بدعوى الغار) تملكه (اى الطعام
(و اباحت له) اى الغار (له) للطعام لهذا الاكل (مورد الاجماع ، ظاهرا)
فى ان قرار الضمان على الغار ، و مانحن فيه مثله (و) كذلك (رجوع
المحكوم عليه الى شاهدى الزور مورد الاخبار) التى تقدم احدها (و لا
يوجد فرق بينهما) اى بين رجوع اكل الطعام ، و رجوع المحكوم عليه
(و بين مانحن فيه) من : من استوفى المنافع من البستان المبوع له
— مثلا — من قبل الغاصب (اصلا) فاللازم القول بضمان البائع هنا ايضا .

وقد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه ، كما فى كلام بعض
حيث عدل فى رد مستند المشهور عما فى الرياض من منع الكبرى الى منع

(وقد ظهر مما ذكرنا) من وجود الغرور فيما نحن فيه (فساد) ما ذكره
الجواهر فى رد الرياض ، حيث ان صاحب الرياض قال ما حاصله : ضمان
البائع يتوقف على صغرى هى : ان المسئلة من باب الغرور ، وكبرى هى
ان كل غرور ضرر ، فاذا انضم الى ذلك دليل : لاضرر ، انتج وجوب تحمل
البائع لضرر المشتري ، لكن انا : اى الرياض ، نمنع الكبرى فلانسلم : ان
كل غرور ضرر ، بل المسئلة غرور وليس ضررا ،

وصاحب الجواهر اشكل على الرياض بان الممنوع هو الصغرى ،
لا الكبرى ، فالمسئلة ليست من الغرور ، والشيخ لم يرتض كلام الجواهر
- كما تقدم - .

ومنه تبين فساد (منع الغرور فيما نحن فيه) بل اللازم ان نلتزم
بانه غرور ، ولكنه ليس بضرر (كما فى كلام بعض) : كما ، متعلق ب : منع
والمراد بالبعض الجواهر (حيث عدل) الجواهر (فى رد مستند المشهور)
القائلين بتحمل البائع ضرر المشتري مطلقا حتى بالنسبة الى النماء الذى
استوفاه المشتري ، فان المشهور استند وافى هذا الكلام الى ان : هذا
غرر ، وكل غرر يرجع فيه الى الغار ، لانه ضرر ، ورد هم الرياض بمنع
كونه ضررا ، ورد هم الجواهر : بانه ليس بضرر (عما فى الرياض
من منع الكبرى) وهى كل غرور ضرر (الى
منع

الصغرى، فان الانصاف: ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع فى باب الاتلاف - وان كان غير منقح - الا ان المتيقن منه ماكان اتلاف المغرور لمال الغير، واثبات يده عليه، لابعنوان انه مال الغير، بل قصده الى اتلافه مال نفسه، او مال من اباح له الاتلاف فيكون غير قاصد لاتلاف مال الغير، فيشبه المكره فى عدم القصد .

الصغرى) ((الى)) متعلق ب: عدل، والمراد بالصغرى ان: المسئلة من باب الغرر .

وانما قلنا بظهور فساد كلام الجواهر (فان الانصاف: ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع) الى الغار (فى باب الاتلاف) اى من اتلف مال الغير، بتغريب الآخر له (- وان كان غير منقح -) ليعرف حدود الغرور (الا ان المتيقن منه) اى من الغرور (ماكان اتلاف المغرور لمال الغير، و ذلك ب (اثبات يده) اى المتلف (عليه) اى على مال الغير (لابعنوان انه مال الغير، بل قصده) اى المتلف (الى اتلافه مال نفسه، او مال من اباح له الاتلاف) من قدم الى غيره طعاما مغصوبا، فاكله الضيف، انما قصد الضيف اتلاف مال من اباح له الاتلاف - اى المضيف - . وكذلك اتلاف ثمن البستان الذى اشتراه من الغاصب انما قصد المتلف اتلاف مال نفسه .

وهاتان صورتان من المصاديق الظاهرة من الغرور، اذ: (يكون) المتلف (غير قاصد لاتلاف مال الغير، فيشبه المكره) - بالفتح - (فى عدم القصد) فكما تقولون بان المكره يرجع الى من اكرهه، كذلك اللازم

هذا كله مضافا الى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناءً على ان حرية الولد ، منفعة راجعة الى المشتري ، وهو الذى ذكره المحقق احتمالا فى الشرائع فى باب الغصب بناءً على تفسير المسالك .

القول هنا بان المتلف يرجع الى من غره .

(هذا كله) تقريب لتحقق الغرور فى المقام (مضافا الى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة) التى دلت بلزوم اعطاء قيمة الولد ، التى استولده المشتري من الجارية المغصوبة ، للمالك الحقيقى للجارية ، فانها تدل على ان المنافع المستوفاة يجب دفع بدلها الى المالك ، و المشتري يرجع بذلك الى البائع الذى غره .

لكن هذا الاستدلال بهذه الرواية انما هو (بناءً على ان حرية الولد ، منفعة راجعة الى المشتري ، و هو) اى كون الحرية منفعة راجعة الى المشتري (الذى ذكره المحقق احتمالا فى الشرائع فى باب الغصب) فان المحقق ذكر فى الشرائع : اولا ، ان قيمة الولد ، انما هى شئ لم يحصل المشتري بازاائها نفع .

ثم قال : وفيه احتمال آخر ، وقال المسالك فى تفسير : هذا الاحتمال ، ان مراده من هذا الاحتمال الحاق عوض الولد بما حصل له نفع فى مقابلته ، لان حرية الولد منفعة عائدة اليه عرفا .

ف (بناءً على تفسير المسالك) تكون حرية الولد منفعة عائدة الى المشتري ، حسب احتمال الشرائع .

وعليه : فرواية جميل ، تكون دليلا على ان كل منفعة عائدة الى

وفيه تأمل .

ثم ان ما ذكرنا فى حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد ، كالمو باع ما يسوى عشرين بعشرة ، فتلف فاخذ منه المالك عشرين فانه لا يرجع بعشرة الثمن ، والا لزم تلفه من كيس البائع من دون ان يغره فى ذلك

المشتري ، يكون المشتري ضامنا لها امام المالك ، كما ان البائع ضامن لها امام المشتري .

(و) لكن (فيه تأمل) اذ ليست حرية الولد منفعة عائدة الى المشتري عرفا ، فاحتمال المحقق ، محل اشكال .

(ثم ان ما ذكرنا فى حكم هذا القسم) وهو ما غرمه المشتري فى مقابل النفع الواصل اليه (يظهر حكم ما يغرمه) المشتري للمالك (فى مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن) الذى اعطاه المشتري للبائع (الحاصلة) تلك الزيادة (وقت العقد ، كالمو باع) الغاصب (ما يسوى عشرين بعشرة) دنانير (فتلف) المتاع فى يد المشتري (فاخذ منه) اى من المشتري (المالك عشرين) القيمة الواقعية للمتاع (فانه) اى المشتري (لا يرجع) الى البائع (بعشرة الثمن) اى العشرة التى هى الثمن ، وقد دفعها الى البائع (والا) فلورجع المشتري الى البائع بعشرة الثمن (لزم تلفه) اى المتاع (من كيس البائع من دون ان يغره) اى يغرر البائع المشتري (فى ذلك) اى فى عشرة الثمن .

والحاصل : ان المشتري دفع عشرة الى البائع ، بما قيمته الواقعية

لانه لو فرض صدق البائع فى دعوى الملكية ، لم يزل غرامة المشتري للثمن بازاء المبيع التالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع .

واما العشرة الزائدة

عشرون ، وقد تلف المتاع عند المشتري ، فاذا جاء المالك اخذ من المشتري عشرين قيمة متاعه ، فيكون المشتري قد دفع ثلاثين ، عشرة الى البائع ، وعشرين الى المالك ، وقد اتلف المشتري المتاع و هو يسوى - بنظره - عشرة ، فلاحق له فى ان يرجع الى البائع بثلاثين ، بل يرجع الى البائع بعشرين فقط ، المقدار الذى دفعه الى المالك ، لان المشتري اذا رجع الى البائع بعشرة الثمن : اى العشرة ، فوق عشرين ، بان رجع الى البائع بثلاثين ، لزم ان يكون المشتري اتلف المتاع ، ويكون تلفه من كيس البائع ، وهذا الوجه له فان من اتلف مالا ، خرج المال من كيس نفسه ، لامن كيس انسان آخر .

ولتوضيح ذلك قال المصنف : (لانه لو فرض صدق البائع فى دعوى الملكية) للمتاع (لم يزل) ولم يذهب (غرامة المشتري للثمن بازاء المبيع التالف) فان المشتري حيث اتلف المتاع فهو يغرم قيمته : عشرة سواء كان البائع مالكا ، او غاصبا ؟ فالعشرة تخرج من كيس المشتري قطعاً ، فلاحق له فى ان يراجع فى هذه العشرة الى البائع (فهذه الغرامة للثمن) اى غرامة المشتري بعشرة - التى دفعها للبائع - (لم تنشأ عن كذب البائع) حتى يكون البائع غاراً للمشتري .

(واما العشرة الزائدة) التفاوت بين اصل القيمة : عشرين ، وبين

فانما جاء غرامتها من كذب البائع فى دعواه ، فحصل الغرور فوجب الرجوع .

و ما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر فى وجه عدم الرجوع من : ان

قيمة البيع : عشرة ، (فانما جاء غرامتها) على المشتري - فان المالك اخذها منه - (من) جهة (كذب البائع فى دعواه) حيث ان المشتري اقدم على ان يشتري المتاع بعشرة ، ولم يقدم على اشتراؤه بعشرين (فحصل الغرور) من البائع للمشتري (فوجب الرجوع) من المشتري على البائع .

فيحصل : ان البائع يخسر : عشرة ، بسبب انه غر المشتري ، حيث باعه ما لا يملك ، واخذ قيمة عشرة ، مما قيمته الواقعية عشرون . وان المشتري : لا يخسر شيئاً ، لانه اعطى عشرة للبائع ، و اتلف فى مقابلها المتاع ، و اعطى عشرين للمالك ، وقد اخذ العشرين من البائع . وان المالك : لا يخسر شيئاً لانه يأخذ قيمة متاعه : التى هى عشرون من المشتري .

اما البائع : فانما يدفع عشرين للمشتري ، عشرة هى التى اخذها من المشتري ، وعشرة ثانية حسب ان البائع غرر المشتري ، وبالنتيجة فقد خسرا البائع عشرة فقط .

(و ما ذكرنا) فى وجه خسارة البائع عشرة (يظهر اندفاع ما ذكر فى وجه عدم الرجوع) اى ان المشتري لا يرجع الى البائع فى العشرة الزائدة - و انما يرجع اليه فى عشرة القيمة فقط - (من : ان

المشتري انما اقدم على ضمان العين ، وكون تلفهामنه كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه و مع الاقدام لاغرور ، و لذا لم يقل به فى العشرة المقابلة للثمن .

توضيح الاندفاع : ان الاقدام انما كان على ضمانه بالثمن الا ان

المشتري) هو الذى يجب ان يخسر العشرة الزائدة - التى يعطيها للمالك - فهو يعطى للمالك عشرين ، ويأخذ من البائع عشرة فقط .
و ذلك لان المشتري (انما اقدم على ضمان العين ، وكون تلفهامنه)
اى من المشتري (كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه) فلو كان هذا العقد صحيحا كان اللازم ان يدفع المشتري الى المالك عشرين : قيمة المتاع ، و الآن حيث فسد ، يلزم ان يدفع الى المالك عشرين «عشرة يأخذها من البائع ، وعشرة يخسرها من كيسه » و بالنتيجة الخسارة للعشرة الزائدة من كيس المشتري ، لا من كيس البائع (و مع الاقدام)
من المشتري على ضمان العين وكون تلفهامنه (لاغرور ، و لذا) الذى لاغرور (لم يقل به) اى بالغرور (فى العشرة المقابلة للثمن) اذ : من اللازم دفع المشتري عشرة ، و انما الكلام فى العشرة الثانية - فان المشتري دفع عشرة للبائع ، و الآن يدفع عشرين للمالك ، و لا اشكال فى انه لا يسترجع العشرة الاولى من البائع ، و انما الكلام فى انه هل يأخذ عشرة من البائع ، او عشرين .

(توضيح الاندفاع : ان الاقدام) من المشتري (انما كان على ضمانه)

اى على ان يضمن المشتري (بالثمن) الذى يعطيه فقط (الا ان

.....

الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام ، - مع فساد العقد و
 عدم امضاء الشارع له - سبب الضمان المبيع بقيمته الواقعية .
 فالمانع من تحقق الغرور - وهو الاقدام - لم يكن الا فى مقابل
 الثمن ، والضمنان المسبب عن هذا الاقدام - لما كان لاجل فساد العقد
 المسبب عن تغير البائع - كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة
 مستقرا على الغار ، فغرامة العشرة الزائدة

الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام (« من ») متعلق ب : النحو (- مع
 فساد العقد ، وعدم امضاء الشارع له) (« وعدم ») عطف بيان لفساد العقد
 (سبب الضمان المبيع بقيمته الواقعية) التى هى عشرون فى المثال .
 (فالمانع من تحقق الغرور) بالنسبة الى المشتري (- وهو) اى
 المانع (الاقدام -) من نفس المشتري (لم يكن الا فى مقابل الثمن)
 يعنى : ان المشتري مغرور بالنسبة الى كل الثمن ، لكن حيث اقدم هو
 بنفسه لا اشتراء المتاع بعشرة لم يكن مغرورا بالنسبة الى العشرة (و
 الضمان) على المشتري ، بازاء المالك (المسبب عن هذا الاقدام) على
 الاشتراء بعشرة (- لما كان لاجل فساد العقد المسبب) ذلك الضمان
 على المشتري ، بازاء البائع (عن تغير البائع -) للمشتري (كان المترتب
 عليه) اى على المشتري (من ضمان العشرة) اى ضمانه عشرة بازاء المالك
 (الزائدة) على اصل الثمن - اى العشرة الثانية - (مستقرا على الغار)
 اى البائع ، فانه غره ، اذ باع مال غيره - الذى يسوى بعشرين -
 للمشتري بعشرة (فغرامة) المشتري بازاء المالك ب (العشرة الزائدة) على

.....
 - وان كانت مسببة عن الاقدام - الا انها ليست مقدما عليها .

هذا كله مع ان التحقيق - على ما تقدم سابقا - ان سبب الضمان
 فى العقد الفاسد ، هو القبض الواقع ، لا على وجه الايمان ، وان ليس
 الاقدام على الضمان علة له ، مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان

القيمة المشتري بها (- وان كانت) تلك الغرامة الزائدة (مسببة عن
 الاقدام ، - الا انها) اى العشرة الزائدة (ليست مقدما عليها) اذ :
 الاقدام كان على عشرة فقط ، لا على عشرين .

(هذا كله) وجه عدم خسارة المشتري العشرة الزائدة ، وانما
 الخسارة تقع على البائع (مع ان التحقيق - على ما تقدم سابقا - ان
 سبب الضمان فى العقد الفاسد ، هو القبض الواقع ، لا على وجه
 الايمان) اما القبض الايمانى فلا يوجب الضمان (وان ليس الاقدام على
 الضمان علة له) اى للضمان (مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان) .
 فتحصل من الاشكال الذى بينه بقوله : وما ذكرنا يظهر ، - اى
 بيان وجه ضمان المشتري للعشرة الزائدة - : ان المشتري اقدم على
 الضمان ، وكل من اقدم على الضمان فهو ضامن .

اما ان المشتري اقدم على الضمان ، فلان الاشتراء معناه الاقدام
 على الضمان بالقيمة .

واما ان كل من اقدم على الضمان فهو ضامن ، فلانه هو الذى
 تبنى الضمان .

و تحصل فى الجواب عن الاشكال جوابان .

وان استدل به الشيخ ، واكثر من تأخر عنه .

وقد ذكرنا فى محله توجيه ذلك بما يرجع الى الاستدلال باليد فراجع .

وكيف كان فجرى ان قاعدة الغرور فى مانحن فيه اولى منه فيما

حصل فى مقابلته نفع .

الاول : ان الاقدام وان كان سببا للضمان الا ان الغرور واجب

كون قرار الضمان - بالنسبة الى الزائد من الثمن - على البائع .

الثانى : - وهو ما اشار اليه بقوله : مع ان التحقيق - ان الاقدام

ليس سببا وانما القبض سبب ، لكن القبض هنا لا يسبب ضمان الزائد لان الزائد

على البائع الغار لاعلى المشتري المغرور (وان استدل به) اى بكون

الاقدام سببا للضمان (الشيخ ، واكثر من تأخر عنه) لكننا لم نظفر له على

دليل .

(وقد ذكرنا فى محله) فى مسئلة المقبوض بالعقد الفاسد (توجيه

ذلك) الكلام من الشيخ (بما يرجع الى الاستدلال باليد) وانه يشمل :

على اليد ما اخذت ، فيما اذا اخذ المقدم المال ووضع اليد عليه

(فراجع) .

(وكيف كان) سواء كان وجه الضمان الاقدام ، او القبض ؟ (فجرى ان

قاعدة الغرور فى مانحن فيه) بالنسبة الى الزائد من الثمن - وذلك

حيث تسقط الزائد عن المشتري - (اولى منه) اى من جريان القاعدة

(فيما حصل فى مقابلته نفع) للمشتري ، كما لو اكل الثمرة ، فان فى الاصل

والثمر اذا جرت قاعدة الغرور ، كان جريانها فى الاصل وحده - وان

.....

هذا اذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد .

ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى هذا كله فيما يغرمه
المشتري بازاء نفس العين التالفة .

واما ما يغرمه بازاء اجزائه التالفة فالظاهر : ان حكمه حكم المجموع
فى انه يرجع فى الزائد على ما يقابل ذلك الجزء

كانت قيمته اكثر من الثمن الجعلى - بطريق اولى .

(هذا) كله وجه عدم خسارة المشتري للزيادة القيمية فى ما (اذ ا
كانت الزيادة موجودة وقت العقد) كما لو كان المتاع يسوى عشرة ، فباعه
الغاصب بعشرة .

(ولو تجددت) الزيادة (بعده) اى بعد العقد ، كما لو كانت
القيمة حال العقد عشرة ، ثم ارتفعت بعد العقد فصارت عشرين (فالحكم
بالرجوع) من المشتري (فيه) اى فى المقدار الزائد على البائع (اولى) لان
المشتري لم يقدم الا على ما قيمته عشرة فقط ، فلا وجه لضمائه اكثر من العشرة
(هذا كله فيما يغرمه المشتري) للمالك (بازاء نفس العين التالفة) .

(واما ما يغرمه) المشتري للمالك (بازاء اجزائه التالفة) كما لو اشترى
بستانا فيه الف نخله بالف دينار ، و قيمته الواقعية الف وخمسمائة ، ثم
تلف نخل من نخيله ، فاخذ منه المالك البستان ، واخذ منه ايضا دينار او
نصف اقيمة التالف (فالظاهر : ان حكمه) اى حكم هذا الجزء التالف (حكم
المجموع ، فى انه يرجع فى الزائد على ما يقابل ذلك الجزء) الى البائع
فياخذ من البائع نصف دينار فقط ، اذ بمقدار الدينار تلفه المشتري ،

.....
لافيما يقابله ، على ما اخترناه ، ويجئ على القول الآخر عدم الرجوع فى تمام مايغرمه .

واما مايغرمه بازاء او صافه فان كان مما لا يقسط عليه الثمن ، كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التى يتفاوت بها القيمة ، كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري ، فرجع المالك عليه بالتفاوت ، فالظاهر رجوع

فلاحق له فى مقدار الدينار (لافيما يقابله) اى الدينار والنصف (على ما اخترناه) لما عرفت من ان المشتري اتلف بمقدار دينار (ويجئ على القول الآخر) الذى يجعل تمام الغرامة على المشتري (عدم الرجوع) من المشتري الى البائع (فى تمام مايغرمه) اى فى شئ مايغرمه ، بل يجب على المشتري ان يدفع الدينار والنصف بنفسه .

(واما مايغرمه) المشتري (بازاء او صافه) اى او صاف المتناع ، المفقودة ، فان الوصف على قسمين .
الاول : ما يتقسط بسببه الثمن .

والثانى : ما لا يتقسط بسببه الثمن (فان كان) الوصف (ممالا يقسط عليه الثمن ، كما عدا وصف الصحة) اى مثل غير وصف الصحة ككتابة العبد (من الاوصاف التى يتفاوت بها) اى بسببها (القيمة ، كما لو كان عبدا كاتباً ، فنسى الكتابة عند المشتري ، فرجع المالك عليه) اى على المشتري (بالتفاوت) مثلاً اشترى العبد من الغاصب بالف ، فنسى الكتابة فصارت قيمته تسعمائة ، فاخذه المالك واخذ من المشتري مائة ، قيمة للكتابة (فالظاهر) من مقتضى : قاعدة الغرر (رجوع

.....
 المشتري على البائع لانه لم يقدم على ضمان ذلك .

ثم ان ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه ، انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك ، اما لو كان فاسدا من جهة اخرى ، فلارجوع على البائع ، لان الغرامة لم تجب

المشتري على البائع) بالمائة (لانه لم يقدم على ضمان ذلك) التفاوت
 - كالمائة ، في المثال - فهو مغرور بالنسبة الى ذلك ، و المغرور يرجع
 الى من غر .

واما اذا كان مما يسقط عليه الثمن كالصحة ، كما لو مرض العبد
 فصارت قيمته تسعمائة ، فأخذ المالك المائة من المشتري ، فاللزم عدم
 الرجوع الى البائع ، لانه مثل نقص الجزء .

فكما لو اشترى من البائع حقة من الارز تصرف نصفه ثم رجع المالك
 اليه بما بقي من الارز ، و نصف القيمة لم يحق له الرجوع الى البائع
 الا بمقدار نصف القيمة فقط ، كذلك في الوصف المفقود الذي يسقط عليه
 الثمن ، والله العالم .

(ثم ان ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه ، انما
 هو اذا كان البيع المذكور) الذي باعه الغاصب للمشتري ، وكان المشتري
 جاهلا ، بان البائع ليس مالكا (صحيحا) من جهة الاجزاء و الشروط
 (من غير جهة كون البائع غير مالك) اي ليس بمالك (اما لو كان) البيع
 (فاسدا من جهة اخرى) كما لو كان الثمن مجهولا - مثلا - (فلارجوع)
 للمشتري (على البائع) فيما يغرمه (لان الغرامة لم تجب)

من تغير البائع فى دعوى الملكية، وانما جائت من جهة فساد البيع .
 فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه، لم تزل الغرامة .
 غاية الامر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق والمالك
 على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام

من تغير البائع (للمشتري) فى دعوى الملكية) للثمن، والحال انه
 ليس له (وانما جائت) الغرامة (من جهة فساد البيع) فلو باع الغاصب
 الشئ المجهول للمشتري بعشرة، والحال ان قيمته خمسة عشرة، ثم
 اخذ المالك من المشتري خمسة عشرة، لم يكن للمشتري ان يرجع الى
 البائع، الا بعشرته، اما الخمسة فالمشتري هو الذى يغرمها .
 (فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه) الملكية، بان باع المالك ما
 قيمته خمسة عشرة للمشتري بعشرة، وكان البيع فاسدا من جهة جهولية
 الثمن - مثلا - (لم تزل الغرامة) فان اللازم ان يدفع المشتري الى
 المالك خمسة عشرة، لكن هذا فيما اذا كان البائع جاهلا بالفساد .
 اما اذا كان عالما فقد اقدم بنفسه على سلب احترام مال نفسه بالنسبة
 الى الخمسة، فتأمل .

(غاية الامر) فى الفرق بين كون البائع مالكا، وبين كونه غاصبا
 (كون المغروم له) الذى يجب على المشتري اعطاء الخمسة الزائدة له
 (هو البائع على تقدير الصدق) بان كان البائع مالكا (والمالك على
 تقدير كذبه) اى كذب البائع، بان لم يكن مالكا بل كان غاصبا (فحكمه)
 اى حكم الزائد - كالخمس - فى المثال - (حكم نفس الثمن فى التزام

المشتري به على تقديرى صدق البائع وكذبه .

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كلما يرجع المشتري به على البائع ، اذا رجع اليه فلا يرجع البائع به على المشتري ، اذا رجع عليه لان المفروض قرار الضمان على البائع .

واما ما لا يرجع المشتري به على البائع ، كما سوى الثمن من القيمة

(المشتري به) لان المشتري لما اقدم على اخذ المال الذى يسوى بخمسة عشرة ، بمقدار عشرة فقط ، من المالك الجاهل بالقيمة ، وكان البيع فاسدا ، كان دليل : على اليد ، يلزم المشتري على اعطاء الخمسة ايضا (على تقديرى صدق البائع) بان كان مالكا (وكذبه) على تقدير كونه لم يكن مالكا .

(ثم انه قد ظهر مما ذكرنا) فى غرامة البائع والمشتري ، تجاه المالك (ان كلما يرجع المشتري به) - الضمير عائدا الى : ما ، - (على البائع ، اذا رجع) المالك (اليه) اى الى المشتري - كالعشرة الزائدة فى المثال السابق - (فلا يرجع البائع به على المشتري ، اذا رجع) المالك (عليه) اى على البائع (لان المفروض) ان (قرار الضمان على البائع) لانه الغار للمشتري .

(واما ما لا يرجع المشتري به على البائع كما سوى الثمن من القيمة) - كالعشرة الاولى فى المثال السابق - فان المشتري لو اتلف المتاع فرجع البائع الى المشتري ، واخذ منه العشرين ، العشرة الزائدة يرجع بها الى البائع ، اما العشرة المساوية لقيمة العقد ، فان المشتري

.....
 فيرجع البائع به على المشتري ، اذا غرمه للمالك .
 والوجه فى ذلك : حصول التلف فى يده .
 فان قلت : ان كلامنا البائع والمشتري يتساويان فى حصول العين
 فى يدهما العادية

لا يرجع بها الى البائع — اذا لم يسلمها بعد القيمة — (فيرجع البائع
 به) الضمير عائد الى : ما لا يرجع ، (على المشتري ، اذا غرمه للمالك) فانه
 اذا لم يعط المشتري للبائع العشرة : القيمة ، ثم اخذ المالك من البائع
 العشرين ، القيمة الواقعية للمتاع ، رجع البائع الى المشتري — الذى
 اتلف المتاع — بعشرة فقط ، وهى ما جعلناه قيمة للمتاع عند العقد ، بين
 البائع والمشتري ،

اما العشرة الزائدة فالبائع يخسرها من كيسه ، لانه سبب غرور
 المشتري ، فلا يحق له ان يرجع بهذه العشرة الزائدة الى البائع .
 (والوجه فى ذلك) اى فى رجوع البائع الى المشتري بما يساوى
 القيمة المجعلولة — اى العشرة الاولى — فيما اخذها المالك من البائع
 (حصول التلف فى يده) اى يد المشتري ، فقرار الضمان على المشتري .
 (فان قلت :) هنا اشكالان .

الاول : انه كيف يمكن ان يكون مال واحد فى ذمتين ؟
 الثانى : انه لم يرجع البائع الى المشتري اذا تلف العين فى يده ؟
 — مع ان كلامهما ضامن حسب الفرض — ف (ان كلامنا البائع والمشتري
 يتساويان فى حصول العين التى هى للمالك (فى يدهما العادية) التى

.....
 التى هى سبب للضمان ، وحصول التلف فى يد المشتري ولا دليل على
 كونه سببا لرجوع البائع عليه .

نعم : لو اتلف بفعله ، رجع لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق .
 قلت : توضيح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من

ليست بامينة (التى) اى اليد العادية (هى سبب للضمان ، وحصول
 التلف فى يد المشتري ولا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه) اذا
 رجع المالك الى البائع ، اذ : البائع ضامن حسب الفرض حيث وضع
 يده على مال المالك ، فهو ضامن بنفسه فكيف يرجع الى المشتري ؟

(نعم : لو اتلف) المشتري المال (بفعله) اى بان فعل الاتلاف
 - لان يتلف المتاع بنفسه بدون سببية المشتري - (رجع) البائع الى
 المشتري ، فيما اذ رجع المالك الى البائع (لكونه) اى المشتري اللاحق
 (سببا لتنجز الضمان على) البائع (السابق) لقا عدة : التسبيب ، حيث
 ان المشتري صار سببا للضمان البائع ، بسبب اتلافه المتاع .

والحاصل : ان ما ذكره المشهور ، من : ان كل سابق يرجع الى
 اللاحق ، اما اللاحق فلا يرجع الى السابق ، لا وجه له - اطلاقا - بل
 له وجه فيما لو كان المال اتلفه اللاحق باختياره ، اما لو تلف المال بنفسه
 فاللازم ان لا يرجع السابق الى اللاحق ، لان يد السابق ايضا ضمانية .
 (قلت : توضيح ذلك) اى وجه اشتغال ذمتين اولاً ، ووجه
 رجوع السابق الى اللاحق ثانياً (يحتاج الى الكشف عن كيفية
 اشتغال ذمة كل من

.....
 اليدىن ببذل التالف و صيرورته فى عهدة كل منهما مع ان الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار الا فى ذمة واحدة ، وان الموصول فى قوله : على اليد ما اخذت ، شئ واحد ، كيف يكون على كل واحدة من الايدى المتعددة فنقول : معنى كون العين المأخوذة ، على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه ، فاذا فرض ايدى متعددة تكون العين الواحدة فى عهدة كل من الايدى لكن ثبوت الشئ الواحد فى العهديات ، المتعددة ، معناه لزوم خروج كل

اليدىن) يد البائع و يد المشتري (ببذل التالف) الذى كان ملكا للمالك (و صيرورته) اى التالف (فى عهدة كل منهما مع ان الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار الا فى ذمة واحدة) اذ : المستفاد من الادلة الشرعية و العقلانية ان الشئ مضمون بمقابله فقط ، لا يضعف مقابله (وان الموصول) اى لفظة : ما ، (فى قوله) عليه السلام (على اليد ما اخذت ، شئ واحد ، كيف يكون) ذلك الشئ الواحد (على كل واحدة من الايدى المتعددة) فاذا اوضحت هذه الامور ظهر الجواب عن الاشكالين .

(فنقول : معنى كون العين المأخوذة ، على اليد) و هو مضمون : على اليد ما اخذت ، (كون عهدها) و ضمانها ، فان الشئ فى ذمة الانسان ، با اعتبار العقل ، و هذا معنى العهدة (و دركها) اى خسارتها (بعد التلف عليه ، فاذا فرض ايدى متعددة) تعاقبت على عين واحدة (تكون العين الواحدة فى عهدة كل من الايدى) المتعاقبة (لكن ثبوت الشئ الواحد فى العهديات المتعددة ، معناه لزوم خروج كل

.....
 منها عن العهدة عند تلفه .

و حيث ان الواجب هو تدارك التالف الذى يحصل ببديل واحد لا
 ازيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن العهدة
 عند تلفه فهو يملك ما فى ذمه كل منهم على البديل ، بمعنى : انه اذا استوفى
 احدها سقط الباقي لخروج الباقي عن كونها تداركا ، لان المتدارك
 لا يتدارك .

منها) اى من تلك العهديات (عن العهدة عند تلفه) اى تلف ذلك
 الشئ ، هذا فيما اذا كانت العين فقط فى العهدة ، اذا العهدة تنتفى
 عند انتفاء العين .

(و) لكن (حيث ان الواجب هو تدارك التالف الذى يحصل) ذلك
 التدارك (ببديل واحد) مثلا ، او قيمة (لا ازيد) من البديل الواحد (كان
 معناه) اى معنى ثبوت البديل الواحد فى الذم المتعددة (تسلط
 المالك على مطالبة كل منهم) اى من تلك الايادى (الخروج عن العهدة
 عند تلفه) قوله : الخروج ، مفعول ثان ل : مطالبة ، اى يطالبهم المالك
 ان يخرجوا عن عهدة المال (فهو) اى المالك (يملك ما فى ذمه كل
 منهم على البديل) و كونه على البديل (بمعنى : انه اذا استوفى احدها
 سقط الباقي لخروج الباقي) بعد اداء احدهم (عن كونها تداركا ، لان
 المتدارك لا يتدارك) اذا ادراك امر واحد مرتين محال ، فانه من تحصيل
 الحاصل .

و لعل الى هذا انظر صاحب الجواهر ، حيث ادعى الاستحالة .

و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي ان مطالبته مادام لم يصل اليه المبدل ، ولا بدله فايهما حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله ، فلو بقى شئ له فى ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية . - و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر .

و يتحقق ما ذكرنا : ان المالك انما يملك البدل على سبيل البدلية و يستحيل اتصاف شئ منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا عن التالف

(و الوجه فى سقوط حقه) اى المالك (بدفع بعضهم) اى بسبب دفع بعضهم البدل (عن الباقي) متعلق ب : سقوط (ان مطالبته) اى المالك (مادام لم يصل اليه المبدل ، ولا بدله) وقوله : مادام ، خبر : ان ، (فايهما) من البدل و المبدل (حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله) اى بدل المال (فلو) فرضنا انه (بقى شئ له فى ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية) اذ البدل قد سقط (- و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر) .

وان شئت قلت : ان الجمع بين دليل : ضمان بدل واحد ، وبين دلهل : على اليد ، هو كون البدل فى احدى الذم على سبيل البدل و نحو الواجب الكفائى ، فاذا حصل المالك على بدل واحد من احدى او مجموعهم ، لم يكن له بعد شئ فى ذمة احد فقد وصل اليه حقه .

(و يتحقق ما ذكرنا : ان المالك انما يملك البدل على سبيل البدلية) اى البدل الذى يسمى بدلا (و يستحيل اتصاف شئ منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا عن التالف) و

.....

• واصلا الى المالك .

ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث انه ضم ذمة الى ذمة اخرى .

و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا كما في

الايضاح .

(واصلا الى المالك) عطف على : بدلا ، .

(ويمكن ان يكون نظير ذلك) نظير البديل الواحد في ذمم متعددة

(ضمان المال على طريقة الجمهور) العامة ، فان الشيعة يقولون : اذا

ضمن انسان ما لا ينتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

اما العامة فالضامن عندهم ليس هكذا (حيث انه) اي الضمان

عندهم عبارة عن (ضم ذمة الى ذمة اخرى) اي ذمة الضامن الى ذمة

المضمون عنه ، فلعلهم ارادوا : الضم ، على سبيل البديل ، وان ايا من

الضامن والمضمون عنه دفع المال ، فقد سقط المال عن ذمة الآخر .

(و) كذلك يمكن ان يكون نظير ذلك (ضمان عهدة العوضين لكل

من البائع و المشتري عندنا) بان يضمن شخص ثالث : غير المتبايعين ،

الثمن على المشتري - بان يلتزم للبائع ، ان يدفع الثمن الى البائع

اذالم يدفعه المشتري - وكذلك يضمن المثلث على البائع - بان يلتزم

للمشتري ان يدفع المثلث للمشتري ، اذالم يدفعه البائع - فانه عبارة

عن ضمان شئ واحد في ذمتين ، ذمة البائع و المشتري من جهة

و ذمة الضامن من جهة اخرى (كما في الايضاح) .

.....
 وضمان الاعيان المضمونة على ما استقر به فى التذكرة، وقواه فى الايضاح .
 وضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة، وقد حكى فخر الدين، و
 الشهيد عن العلامة فى دروسه : انه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه
 الاستقلال .

(و) كذلك نظيره (ضمان الاعيان المضمونة) كضمان الشخص باستقاذ
 المال من الغاصب — مثلا — فان المال حينئذ يكون فى ضمان الغاصب
 وضمان الضامن .

وانما قال : الاعيان المضمونة ، لان الاعيان الامانية لا تكون مضمونة
 كمالواودع انسان عند الامين المال ، فانه لا يصح ضمان ثالث للامين ،
 اذ : ليس على الامين الا اليمين (على ما استقر به فى التذكرة ، وقواه
 فى الايضاح) بانه يكون من قبيل الضمان على البدل .

(و) كذلك نظيره (ضمان الاثنين لواحد) كمالو ضمن المديون
 نفران ، فان فيه اقوالا .

الاول — اشتراكهما فى الضمان ، فيضمن كل واحد بعضه بالتساوى .
 والثانى — بطلانها .

والثالث — اختيار المالك تضمين ايهما شاء .

والرابع — ان كل واحد ضامن على سبيل البدل (كما اختاره ابن
 حمزة ، وقد حكى فخر الدين ، والشهيد عن العلامة فى دروسه : انه نفى
 المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال) اى لا مانع من انه يكون
 نفران او اكثر ضامين لشئ واحد .

قال : و نظيره فى العبادات ، الواجب الكفائى وفى الاموال الغاصب من الغاصب .

هذا حال المالك بالنسبة الى ذوى الايدى .
واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض ، فلا ريب فى ان اللاحق ، اذا رجع اليه ، لا يرجع الى السابق ، مالم يكن السابق موجبا لا يقاؤه فى خطر الضمان

(قال) العلامة فى درسه (و نظيره) اى ضمان الاثنين (فى العبادات الواجب الكفائى) الذى يجب على اكثر من واحد ، لكن على سبيل البدل فان قام به احد هم سقط عن الكل ، والا اثم الجميع (وفى الاموال الغاصب من الغاصب) فان ذمة كليهما مشغولة ، فان اعطى المال الى ماله سقط عنهما ، والا اثم جميعا .

(هذا) كله جواب عن اشكال انه كيف يمكن اشتغال ذمة نفرين بشئ واحد ، فانه لا مانع منه عقلا ولا محذور فيه شرعا ، بل ورد فى موارد من الشريعة كما عرفت من كلام الفقهاء ، ف (حال المالك بالنسبة الى ذوى الايدى) المتعددة الذين وضعوا اليد على ماله اشتغال ذمة كل واحد منهم بماله ، على سبيل البدل .

(و اما حال بعضهم) اى بعض ذوى الايدى (بالنسبة الى بعض) آخر ، و هو الجواب عن انه كيف يرجع السابق الى اللاحق ، كرجوع البائع الى المشتري ، دون العكس (فلا ريب فى ان اللاحق ، اذا رجع) المالك (اليه ، لا يرجع) اللاحق (الى السابق ، مالم يكن السابق موجبا لا يقاؤه فى خطر الضمان) اى مالم يكن السابق غارا لللاحق ، كما لو اشترى المشتري

.....
 كما لا ريب في ان السابق ، اذا رجع عليه ، وكان غارا لللاحق ، لم يرجع اليه
 اذ : لا معنى لرجوعه عليه بمالو دفعه لللاحق ضمنه له .
 فالمقصود بالكلام ما اذا لم يكن غاراله ، فنقول : ان الوجه في رجوعه
 هو : ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل ، قبل اللاحق

العال من البائع و هو يعلم ان البائع غاصب ، فان المالك اذا رجع
 الى المشتري لم يرجع المشتري الى الغاصب (كما لا ريب في ان السابق
 اذا رجع) المالك (عليه وكان غارا لللاحق ، لم يرجع) السابق (اليه) اي
 الى اللاحق (اذ : لا معنى لرجوعه) اي السابق (عليه) اي على اللاحق
 (بما) اي بشئ - كالمنافع - (لو دفعه اللاحق) الى المالك (ضمنه)
 السابق (له) اي لللاحق ، فانه اذا كان الغاصب غاروا واستوفى اللاحق
 المنافع ، ثم اخذ المالك بدل المنافع من اللاحق ، كان لللاحق الحق
 في ان يرجع بها الى السابق ، و يأخذها من السابق ، فكيف يمكن ان
 يكون للسابق الحق في ان يرجع الى اللاحق بالمنافع اذا اخذها
 المالك من السابق .

وحيث لا ريب في المسئلتين .

(فالمقصود بالكلام) هنا في انه يرجع السابق الى اللاحق - فيما
 اذا رجع المالك الى السابق - (ما اذا لم يكن) السابق (غاراله) اي
 لللاحق (فنقول : ان الوجه في رجوعه) اي رجوع السابق الى اللاحق
 فيما اذا رجع المالك الى السابق (هو : ان السابق اشتغلت ذمته)
 للمالك (بالبدل ، قبل اللاحق) اذ وضع السابق يده على مال المالك

.....
 فاذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيثاله بدل ،فهذا الضمان
 يرجع الى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل اذ : لا
 يعقل ضمان المبدل معينان دون البدل والاخرج بدله عن كونه بدلا

قبل ان يضع اللاحق يده على مال المالك (فاذا حصل المال فى يد
 اللاحق فقد ضمن شيثاله بدل) اذ مال المالك له بدل فى ذمة السابق
 (فهذا الضمان) من اللاحق (يرجع الى ضمان واحد من البدل) اى
 بدل البدل (و المبدل) ضمانا (على سبيل البدل) فان اللاحق ضمن
 المال ذال البدل ،فهو ضمان لاحد الامرين : المبدل ،و: بدله الذى
 تعلق بذمة السابق .

وانما نقول : ضمن اللاحق واحدا من البدل و المبدل ،ولانقول :
 ان اللاحق ضمن المبدل فقط (اذ : لا يعقل ضمان المبدل) فقط (معيننا
 من دون البدل) - الذى تعلق بذمة السابق - (و الا) فلو كان ضمان
 اللاحق للمبدل فقط (خرج بدله) اى بدل المبدل - الذى بذمة
 السابق - (عن كونه بدلا) و الحال انا فرضنا ان مافى ذمة السابق بدل
 عن المال .

وان شئت قلت : هل هناك فى ذمة السابق بدل عن مال المالك

ام لا ؟

فان كان الاول ، لزم اشتغال ذمة اللاحق ببديل ذلك البدل .
 وان كان الثانى ، لزم ان لا تكون ذمة السابق مشغولة ببديل مال
 المالك ، لكن الثانى باطل ، فيبقى الاول .

فمايدفعه الثانى ، فانما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمة الاول بخلاف مايدفعه الاول فانه تدارك نفس العين معيناً ، اذ لم يحدث له تدارك آخر بعد ، فان اداءه الى المالك سقط تدارك الاول له ، ولا يجوز دفعه الى الاول قبل دفع الاول الى المالك ، لانه من باب الغرامة والتدارك فلاشتغال للذمة قبل حصول التدارك

وبعبارة اخرى : ضمان مال له بدل ، معناه انه ضمان احد من البديل والمبدل منه ، والالساوى مع ضمان مال لا بدل له (فمايدفعه) الى المالك (الثانى) اللاحق (فانما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمة الاول) اى الغاصب السابق (بخلاف مايدفعه الاول) فيما اذارجع المالك الى الاول (فانه تدارك نفس العين معيناً ، اذ لم يحدث له) اى للمال (تدارك آخر) غير تدارك السابق (بعد) لفرض ان المالك لم يرجع الى اللاحق ليتدارك المال (فان اداءه) اللاحق (الى المالك سقط تدارك الاول) السابق (له) اى للمال ، فلا يحق للمالك بعد ان اخذ المال من اللاحق ان يرجع بالمال الى السابق ثانياً (ولا يجوز دفعه) اى دفع اللاحق المال (الى الاول) السابق (قبل دفع الاول) المال (الى المالك ، لانه) اى دفع اللاحق الى السابق (من باب الغرامة و التدارك) اذ : اللاحق انما يغرم للاول ، اذ ادفع الاول المال الى المالك ، اما اذ لم يدفع الاول الى المالك ، فلم يخرج من كيس الاول شئ حتى يتداركه اللاحق (فلاشتغال للذمة) اى ذمة اللاحق ، لا اشتغال لها بالنسبة الى السابق (قبل حصول التدارك) اى قبل ان

.....

وليس من قبيل العوض لمافى ذمة الاول .

فحال الاول مع الثانى ، كحال الضامن مع المضمون عنه ، فى انه

لا يستحق الدفع اليه الا بعد الاداء .

والحاصل : ان من تلف المال فى يده ضامن لاحد الشخصين على

البذل من المالك ومن سبقه فى اليد و

يعطى السابق الى المالك - ويفوت المال على السابق - ، (وليس)

المال الذى يعطيه اللاحق للسابق (من قبيل العوض لمافى ذمة

الاول) حتى يكون واجب الاداء الى الاول ، سواء دفع الاول المال

الى المالك ، ام لا بل ما يعطيه اللاحق للسابق تدارك ، والتدارك

لا يكون الا بعد فوت المتدارك .

(فحال الاول) السابق (مع الثانى) اللاحق (كحال الضامن مع

المضمون عنه) كمالو طلب زيد من عمرو ، فضمن خالد ، فان خالد الضامن

اذا دفع المال الى زيد ، كان له الحق فى ان يأخذ بدل المال من

المضمون عنه الذى هو عمرو (فى انه) اى الضامن (لا يستحق الدفع

اليه) اى ان يدفع المضمون عنه المال الى الضامن (الا بعد الاداء)

للمال الى المالك ، وهنا لا يستحق السابق ان يدفع اللاحق اليه المال

الا بعد ان ادى السابق المال الى المالك .

(والحاصل : ان من تلف المال فى يده) وهو اللاحق (ضامن

لاحد الشخصين) ضمنا . (على البذل من المالك) لانه اتلف ماله (و)

من (من سبقه فى اليد) لانه اتلف ما تلفه اوجب البذل على السابق (و

تشتغل ذمته اما بتدرك العين ، واما بتدرك ما يتدركها و هذا
اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان فى الايدى
المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشئ واحد لشخص واحد .
ورما يقال : فى وجه رجوع غير من تلف المال فى يده لو رجع عليه
ان ذمة من تلف فى يده ، لو رجع عليه ان ذمة من تلف بيده مشغولة
للمالك بالبدل وان اجازله الزام غيره

تشتغل ذمته) اى ذمة للاحق المتلف للمال (اما بتدرك العين) بان يعطيها
للمالك (واما بتدرك ما يتدركها) (والذى يتدرك العين هو ما يعطيها السابق
للمالك) (وهذا اشتغال شخص واحد) هو للاحق (بشيئين) البدل للعين اوبدل
تدرك العين : اى بدل البدل ، (لشخصين) المالك ، و السابق (على البدل)
بالنسبة الى الشيئين ، و بالنسبة الى الشخصين (كما كان فى الايدى
المتعاقبة) غصبا كلها ، بخلاف هنا ، فان بعض الايدى غاصبة ، وبعضها
شارية (اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشئ واحد لشخص واحد) .

فالاول : من قبيل الواجب الكفائى ، و هذا من قبيل الواجب
العينى — فى الجملة — .

(و ربما يقال : فى وجه رجوع غير من تلف المال فى يده) من تلف
المال فى يده هو المشتري ، وغيره هو البائع — فى المثال — (لو رجع)
المالك (عليه) اى على : غير من تلف ، وهو البائع (ان ذمة من تلف فى
يده ، لو رجع عليه ان ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل) لانه
اتلف مال المالك (و ان اجاز له) اى للمالك (الزام غيره) و المراد بالغير

.....

با اعتبار الغصب باداء ما اشتغل ذمته به ، فيملك حينئذ من ادى بادائه
مالالمالك فى ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية .

قال : و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده ، وبين غيره
الذى خطابه بالاداء شرعى لاذمى

هو البائع (با اعتبار الغصب) متعلق ب : جاز ، اى بسبب ان البائع
هو الغاصب ، فيجوز للمالك الزامه بالبدل (باداء ما اشتغل ذمته)
اى ذمة الغير - وهو البائع - (به) الضمير عائد الى : ما ، و : باداء ،
متعلق ب : الزام ، (فيملك حينئذ) اى حين الاداء (من ادى) وهو
البائع (ب) سبب (ادائه ما) اى الشئ الذى (للمالك فى ذمته) اى ذمة
من تلف بيده - وهو المشتري - (بالمعاوضة الشرعية القهرية)
(« بالمعاوضة » متعلق ب : يملك ، اى ان المال فى ذمة المشتري :
المتلف ، فاذا اداه البائع ، ملك البائع ما فى ذمة المشتري ، ولذا
يحق للبائع بعد ادائه المال ان يرجع الى المشتري .

وهذا هو كلام صاحب الجواهر فى وجه رجوع السابق الى اللاحق .
(قال : و بذلك) الذى ذكرنا من كون المال فى ذمة اللاحق فاذا
اداه السابق ملك بالمعاوضة القهرية ما فى ذمة اللاحق (اتضح الفرق
بين من تلف المال فى يده ، وبين غيره) ممن وضع اليد على المال ،
سابقا كان على المتلف ، او لاحقا له (الذى) صفة : غيره (خطابه)
من الشارع (بالاداء) لمال المالك (شرعى) اى تكليفى محض (لاذمى)
فليس فى ذمته شئ مستقرا ، وانما يجب عليه اداء مال المالك ، ويأخذه

اذ : لادليل على شغل ذم متعددة بمال واحد ، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو انتهى •

وانت خبير ، بانه لوجه للفرق بين خطاب من تلف بيده ، وخطاب غيره ، بان خطابه ذمى وخطاب غيره شرعى ، مع كون دلالة : على اليدما اخذت ، بالنسبة اليهما على السواء ، والمفروض انه لا خطاب بالنسبة اليهما غيره ،

من المتلف (اذ : لادليل على شغل ذم متعددة بمال واحد) فلا يمكن ان يقال : بانتقال ذمة كل من السابق واللاحق فى حال واحد (فحينئذ يرجع) السابق (عليه) اى على اللاحق (ولا يرجع هو) عليه اى اللاحق على السابق (انتهى) كلام الجواهر •

(وانت خبير ، ب) ان قوله عليه السلام : على اليدما اخذت ، شامل لكل من السابق واللاحق بلفظ واحد ، وكيفية واحدة ، ف (انه لوجه للفرق بين خطاب من تلف بيده) اى اللاحق (وخطاب غيره) اى السابق (بان خطابه) اى من تلف بيده (ذمى وخطاب غيره) اى السابق الذى لم يتلف بيده (شرعى) لوجه للتفريق (مع) اى فى حال (كون دلالة : على اليدما اخذت ، بالنسبة اليهما) من تلف فى يده ، وغير من تلف فى يده (على السواء) لان اللفظ شامل لهما ، لان كلا منهما اخذ المال (و المفروض انه لا خطاب بالنسبة اليهما) السابق واللاحق (غيره) اى غير خطاب : على اليد ، حتى يكون فارقا بين السابق بان خطابه شرعى واللاحق بان خطابه ذمى •

مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء ، و الخطاب الذى مع انه : لا يكاد يعرف خلاف من احد ، فى كون كل من ذوى الايدى مشغول الذمة بالمال فعلا ، مالم يسقط باداء احد هم ، او ابراء المالك ، نظير الاشتغال بغيره ، من الديون فى اجباره على الدفع ، او الدفع عنه من ماله ، و تقديمه على الوصايا ، و الضرب فيه مع الغرماء ، ومصالحة

هذا الا ، و ثانيا (مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء) بالنسبة الى السابق - اى الشرعى - (و الخطاب الذى) بالنسبة الى اللاحق .

و هذا الكلام من الشيخ مبنى على كون كل حكم شرعى فهو تكليفى و لا معنى للحكم الوضعى اصلا فالخطا بان كلاهما شرعى .

و ثالثا : (مع انه : لا يكاد يعرف خلاف من احد ، فى كون كل من ذوى الايدى) على مال الغير (مشغول الذمة بالمال فعلا ، مالم يسقط) المال عن ذمتهم جميعا (باداء احد هم ، او ابراء المالك) فمات معنى الفرق بان خطاب احد هم ذمى ، و خطاب الآخر شرعى ؟ مع ان الآثار فى الكل واحدة ، فحال اشتغال اللاحق و السابق بهذا الدين (نظير الاشتغال للذمة (بغيره ، من الديون فى اجباره) اى المديون (على الدفع) بان يدفع المديون بنفسه (او الدفع عنه) اى عن المديون (من ماله ، و تقديمه) اى الدين (على الوصايا) اذ : الدين ، مقدم على الوصية (و الضرب فيه) اى فى هذا الدين (مع) سائر (الغرماء) اذا كان غرماء متعددون ، و المال لا يفى بجميعهم (و مصالحة

.....
المالك عنه مع آخر، الى غير ذلك من : احكام مافى الذمة مع : ان تملك
غير من تلف المال بيده ، لمافى ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع
البذل لا يعلم له سبب اختيارى ، ولا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا

المالك عنه) اى عن المال (مع آخر) بان يعطى كل واحد من المديونين
بعض المال ، فيمالو قصر مال الشخص المديون مصالحة ، او المراد انه
لو تردد المالك بين هذا و ذاك صالح المديون مع كل منهما (الى غير
ذلك من : احكام مافى الذمة) .

ورابعا : (مع ان تملك غير من تلف المال بيده) اى تملك السابق
— كالبائع الغاصب — (لمافى ذمة من تلف المال بيده) اى المشتري ،
و : لما ، متعلق ب : تملك (بمجرد دفع البذل) اى بمجرد دفع الغاصب
البذل الى المالك — كما ذكره الجواهر — حيث قال : ان المال يكون فى
ذمة المشتري المتلف ، لكن المالك اذا رجع الى البائع ، فبمجرد دفع
البائع البذل الى المالك ، يتملك مافى ذمته (لا يعلم له سبب اختيارى)
لانه لم يجر عقد بين الاطراف بهذا الشأن (ولا قهرى) السبب القهرى
مثل مزج المالين ، فانه موجب للشركة القهرية — وان كان المازج هو ١٤
او ما شبهه — وكذلك اذا ضاع احد الدرهمين للودعيين ، فانه يوجب
الشركة فى الدرهم الباقي ، لكن مثل هذه الامور تحتاج الى دليل
شرعى مفقود فى المقام (بل المتجه على ما ذكرنا) وهو ما ذكره سابقا ،
من قوله — قبل اقل من صفحة — و حيث ان الواجب هو تدارك التالف
الذى يحصل ببذل لا از يد

سقوط حق المالك عن تلف في يده ، بمجرد ادائه غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك ، مع ان اللازم ما ذكره ان لا يرجع الغارم بمن لحقه ، في اليد العادية الا الى من تلف في يده ، مع ان الظاهر خلافه .

(سقوط حق المالك عن تلف) المال (في يده) وهو المشتري (بمجرد ادائه غيره) الذي هو البائع (لعدم تحقق موضوع التدارك) بالنسبة الى المشتري ، فانه لا موقع لتداركه (بعد تحقق التدارك) من البائع . وخامسا : (مع ان اللازم ما ذكره) الجواهر ، من : ان المأخوذ منه البديل ، يقع تعارض قهري بين ما اعطاه ، وبين ما في ذمة المتلف ، حتى ان المأخوذ منه يحق له ان يأخذ المال من المتلف (ان لا يرجع الغارم) وهو من دفع البديل الى المالك (بمن لحقه) : بمن ، متعلق ب : لا يرجع ، والمراد : بمن لحق ، الشخص الذي بعده ، مثلا غصب زيد : المال ، فاشترى عمرو منه ، وبكر اشترى من عمرو ، وتلف المال في يد بكر ، فان لازم معاوضة ما اعطاه زيد : الغاصب ، لمالك المال مع ما في ذمة بكر : المتلف للمال ، ان لا يكون ، حتى لزيد في الرجوع الى الواسطة الذي هو عمرو ، بل اللازم رجوعه رأسا الى بكر : المتلف ، (في اليد العادية) اي من كان بعد الغاصب ممن وضع يده عدوانا على مال المالك ، كعمرو - في المثال - (الا الى من تلف) المال (في يده) كبكر - في المثال - (مع ان الظاهر) من كلام الفقهاء (خلافة) اي خلاف هذا اللازم ، بمعنى انه يحق لزيد ان يرجع الى كل

فانه يجوز له ان يرجع الى كل واحد من بعده .

نعم : لو كان غير من تلف بيده ، فهو يرجع الى احد لواحقه الى ان يستقر على من تلف فى يده ، هذا كله اذا تلف المبيع فى يد المشتري وقد عرفت الحكم ايضا فى صورة بقاء العين ، وانه يرجع المالك بها على من فى يده ، او من جرت يده عليها ، فان لم يمكن انتزاعها من هـى فى يده ، غرم للمالك بدل الحيلولة

من عمرو وبكر - فى المثال - (فانه) اى الغارم (يجوز له ان يرجع الى كل واحد من بعده) ممن لهم اليد العدواني .

(نعم : لو كان) من رجع اليه الغارم (غير من تلف بيده) كعمرو - فى المثال - (فهو) اى غير من تلف بيده (يرجع الى احد لواحقه) و اللاحق يرجع الى اللاحق (الى ان يستقر على من تلف فى يده ، هذا كله) تمام الكلام فيما (اذا تلف المبيع فى يد المشتري) الذى اشتراه من الغاصب (وقد عرفت الحكم ايضا فى صورة بقاء العين ، وانه) الضمير للشأن (يرجع المالك بها) اى بالعين - لاجل اخذها - (على من) العين (فى يده ، او من جرت يده عليها) اى على العين - لقاعدة : على اليد - (فان) رجع المالك الى من ليس المال فى يده ، وتمكن الوساطة من انتزاع المال ممن فى يده المال ، فهو وان (لم يمكن انتزاعها) اى العين (ممن هـى فى يده) بان كان مسافرا بعيدا ، او غاصبا قويا ، او ما شبه (غرم) الذى رجع اليه المالك (للمالك بدل الحيلولة) حيث ان الوساطة حال بين المالك وبين ماله ، حيث ان

.....

و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة .

ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الاول ، بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني ، لان عهدها على الاول ، فيجب عليه تحصيلها وان بذل ما بذل .

الواسطة نقل المال من نفسه الى غيره (و للمالك) بعد اخذه بدل الحيلولة (استردادها) اي بدل الحيلولة بان يطلب رد ماله من اليد التي عندها المال ، و اذا اخذ ماله (فيرد) المالك (بدل الحيلولة) الى صاحبه ، اذ : لا معنى لان يجمع المالك بين المعوض والمعوض .
(و) لا يخفى انه (لا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الاول) اي الذي ليس لديه ماله كالبائع (بمجرد تمكنه) اي المالك (من الاسترداد) لعين ماله (من الثاني) كالمشتري (لان عهدها) اي عين المال (على الاول) ثابت (ف) يجوز للمالك طلبه منه كما (يجب عليه تحصيلها) اي تحصيل عين مال المالك (وان بذل) الاول ، لاجل التحصيل (ما بذل) من الاموال الطائلة .

ولكن لا يخفى انهم ذكروا انه انما يجب على الغاصب تحصيل المال فيما اذا لم يوجب التحصيل ضررا عليه ، و الا فادلة : لاضرر ، شاملة له مثلا : اذا وقع درهم الغير في البئر عمدا ، وكانت مؤنة اخراج عينه الف دينار ، لم يجب عليه الاخراج ، وكذا اذا كان المال الذي اوقعه في البئر قيميا يسوى بدرهم .

نعم : ليس لمالك اخذ مؤنة الاسترداد لياشر بنفسه ، ولو لم يقدر على استردادها الا المالك ، و طلب من الاول عوضا عن الاسترداد .
فهل يجب عليه بذل العوض ، او ينزل منزلة التعذر ، فيغرم بدل الحيلولة

او يفرق بين الاجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائد عليها مما يعد اجحافا على الغاصب الاول وجوه ،

(نعم : ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد) من الاول (لياشر)
المالك الاسترداد (بنفسه) اذ : الغاصب مكلف بان يرد المال ، لا بان يعطى اجرة الاسترداد (ولو لم يقدر على استردادها) اى العين — من يد المشتري — (الا المالك ، و طلب) المالك (من الاول) اى البائع (عوضا عن) تبعه فى (الاسترداد) .

(فهل يجب عليه) اى على الاول — البائع — (بذل العوض ، او ينزل) المال الذى عند المشتري (منزلة التعذر) لتعذر البائع حقيقة (فيغرم) البائع للمالك (بدل الحيلولة) .

(او يفرق بين) احتياج الاسترداد الى (الاجرة المتعارفة — للاسترداد) فتلزم الاجرة على البائع ، لانها من شؤن الارجاع للمال الذى هو مأموره (و بين الزائد عليها مما يعد اجحافا على الغاصب الاول) — اى الذى ليس عنده المال ، ولو كان الشخص الثانى او غيره — (وجوه) و احتمالات .

و الدليل على وجوب الرد مطلقا ، اطلاق ادلة رد مال المالك .

.....
 هذا كله مع عدم تغير العين ، واما اذا تغيرت ، فيجئ صور كثيرة
 لا يناسب المقام التعرض لها ، وان كان كثير مما ذكرنا - ايضا - مما لا
 يناسب ذكره ، الافى باب الغصب .

(الا ان الاهتمام بهادعانى الى ذكرها فى هذا المقام بادنى مناسبة
 اغتنما للفرصة ، وقفنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل انه غفار
 الزلل .

وعلى عدم الوجوب مطلقا ، ان الدليل انما دل على وجوب رد مال
 المالك ولم يدل على لزوم صرف شئ على الغاصب فى هذا السبيل ،
 فاصالة عدم وجوب صرف شئ محكمة فيرجع الى بدل الحيلولة .
 وعلى التفصيل اطلاق ادلة وجوب الرد بعد انصرافها عن صورة
 الاجحاف (هذا كله مع عدم تغير العين) الموجودة (واما اذا تغيرت
 فيجئ صور كثيرة) لانها اما الى الزيادة او النقيضة .

ثم كل واحدة منهما اما الى العينية او القيمة او الحكيمة .
 ثم ان التغيير اما عند بعض الايادى مع وجود مثلها ، او ضدها عند
 اليد الاخرى ، او عند كل الايادى الى غيرها من صور التغير (لا يناسب
 المقام التعرض لها ، وان كان كثير مما ذكرنا - ايضا - مما لا يناسب ذكره)
 فى كتاب البيع ، (الافى باب الغصب) على ما ذكره الفقهاء هناك .
 (الا ان الاهتمام بها) اى بتلك الصور المذكورة (دعانى الى ذكرها
 فى هذا المقام بادنى مناسبة ، اغتنما للفرصة ، وقفنا الله لما يرضيه عنا من
 العلم والعمل ، انه غفار الزلل) والله العالم .

مسئلة:

لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه ، فعلى القول
ببطلان الفضولى ، فالظاهر : ان حكمه حكم بيع ما يقبل الملك ، مع ما لا
يقبله ، والحكم فيه الصحة لظهور الاجماع بل دعواه عن غير واحد ،
مضافا الى صحیحة الصفار المتقدمة فى ادلة بطلان الفضولى ، من قوله
عليه السلام : لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء فيما يملك .

(مسئلة - لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه ، فعلى القول
ببطلان الفضولى ، فالظاهر) من القواعد العامة (ان حكمه) اى حكم
هذا البيع (حكم بيع ما يقبل الملك ، مع ما لا يقبله) كالخل والخمر (و
الحكم فيه الصحة) بالنسبة الى ما يقبل الملك ، وهنا ايضا الصحة
بالنسبة الى مال الفضول ، وليس هذا قياسا ، بل استدلالا لشمول الادلة
العامة لغرض المسئلة ، كشمولها المسئلة الخمر والخل ، بل شمولها
لما نحن فيه اولى ، من حيث قبول مال الغير البيع ذاتا ، بخلاف الخمر
التي لا تقبل الملك اطلاقا (لظهور الاجماع) على الصحة (بل دعواه)
اى الاجماع (عن غير واحد ، مضافا الى صحیحة الصفار المتقدمة فى
ادلة) القائلين ب (بطلان الفضولى ، من قوله عليه السلام : لا يجوز
بيع ما لا يملك) بصیغة المعلوم (وقد وجب) اى ثبت (الشراء فيما
يملك) .

ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولى ، كالشيخ ، وابن زهرة
والحلى وغيرهم .

نعم : لولا النص ، والاجماع ، امكن الخدشة فيه بما سيجى فى
بيع ما يملك ، وما لا يملك .

ولما على القول بصحة الفضولى ، فلا ينبغى الربى فى الصحة مع
الاجازة بل و

(ولما ذكرنا) من ان : مقتضى القاعدة ، الصحة - بالنسبة الى
ملك الفضول - (قال به) اى بكونه صحيحا (من قال ببطلان الفضولى
كالشيخ ، وابن زهرة والحلى ، وغيرهم) .

(نعم : لولا النص) الذى عرفته ، وهو صحيح الصفار (والاجماع)
المتقدم على الصحة (امكن الخدشة فيه) اى فى كون البيع صحيحا
(بما سيجى فى بيع ما يملك ، وما لا يملك) كلاهما بصيغة المجهول ،
كبيع الخل والخمر .

والمناقشة من نواحى متعددة .

منها : ان العقد بسيط ، فلا يقبل التجزئة .

ومنها : ان التجزئة توجب مجهولية مقدار الثمن بازاء المثلثين ،
بل و مجهولية مقدار المثلثين فيما اذا عرف وزن الشئيين معا ، اما وزن
احدهما فلم يعرف ، الى غيرهما من الاشكالات .

(واما على القول بصحة الفضولى ، فلا ينبغى الربى فى الصحة) اى
صحة بيع الفضول مال نفسه و مال غيره . (مع الاجازة) من المالك (بل و

كذا مع الرد ، فانه كمالو تبين بعض المبيع غير مملوك غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري ، مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة ، وسيجىء في اقسام الخيار ، بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع ، لكن عن الغنية الجزم بعدمه ، ويؤيده صحيحة الصغار .

وكذا مع الرد) من المالك اذ : يصح حينئذ بالنسبة الى مال الفضول (فانه كمالو تبين) بعد العقد (بعض المبيع غير مملوك) حيث لا يوجب ذلك بطلان العقد بالنسبة الى المملوك (غاية الامر) في صورة رد المالك (ثبوت الخيار) اي خيار تبعض الصفقة (حينئذ للمشتري ، مع جهله بالحال) بان لم يعلم ان بعضه غير مملوك للبائع .

نعم : اذا كان عالما لم يكن له خيار لانه بنفسه اقدم على ما احتل فيه التبعض (عند علمائنا كما عن التذكرة وسيجىء) بيان هذا الخيار (في) ذكر اقسام الخيار ، بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع (ايضا فيما اذارد المالك ، لانه ضرر على البائع ايضا في بعض الصور .

اذ : قيمة متاعه تنقص عند الانفراد عن قيمته عند الاجتماع ، كما في مصرعى باب .

ولان ترتلزل البيع — حال خيار المشتري — ضرر بالنسبة الى البائع (لكن عن الغنية) لابن زهرة (الجزم بعدمه) اي عدم الخيار للبائع (و يؤيده) اي كلام الغنية (صحيحة الصغار) المتقدمة ، حيث قال عليه — السلام : وقد وجب الشراء فيما يملك .

.....

وربما حمل كلام الشيخ على ما اذا ادعى البائع الجهل ، والاذن و
كلام الغنية على العالم .

ثم : ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد ، مقيد - فى بعض الكلمات
- بما اذا لم يتولد من عدم الاجازة مانع شرعى ، كلزوم ربا ، وبيع آبق
من دون ضميعة ، وسيجىء الكلام فى محلها .

(و ربما حمل كلام الشيخ) الذى قال : بان للبائع الفضول ايضا
الخيار (على ما اذا ادعى البائع الجهل) بان بعض المال لغيره (او
الاذن) من المالك لبعض المتاع فى بيعه مع مال نفسه (وكلام الغنية)
الجازم بعدم الخيار للبائع (على العالم) بانه فضول فى بعض المتاع
الذى يبيعه .

(ثم : ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد) مع الطرف الآخر ، الذى
يكون البائع فضولا بالنسبة اليه (مقيد - فى بعض الكلمات - بما اذا
لم يتولد من عدم الاجازة مانع شرعى) موجب لبطلان البيع (كلزوم
ربا) فانه لو باع ذهب نفسه ، وفضة صديقه ، وهما مثقالان بمثقال و
نصف من الذهب الجيد ، ثم ان صديقه لم يقبل البيع حتى بطل البيع
فى ريع مثقال من الذهب لزم الربا ، حيث يكون حينئذ مثقال من الذهب
فى مقابل مثقال و ريع من الذهب (و بيع آبق من دون ضميعة) فان
بيع العبد الآبق انما يجوز مع الضميعة فاذا بطل البيع فى الضميعة
لعدم اجازة صاحب الضميعة صار بيع الآبق وحده وذلك باطل (و
سيجىء الكلام) فى ذلك (فى محلها) .

ثم : ان البيع المذكور صحيح بالنسبة الى المملوك بحصته من الثمن ، و موقوف فى غيره بحصته .

و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن فى غير المثلى ان يقوم كل منهما منفردا ، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن ، نسبته اليه ، كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين .

(ثم : ان البيع المذكور) الفضولى الذى باع مال نفسه و مال غيره و لم يقبل الغير بان انحصر البيع فى مال نفسه (صحيح بالنسبة الى) المال (المملوك) للبائع (بحصته) اى بالمقدار المقابل له (من الثمن ، و موقوف) اى باطل (فى غيره) اى غير المملوك (بحصته) .

مثلا : اذا باع داره التى تسوى الفا ، و دار صديقه التى تسوى تسعمائة بالف و تسعمائة ، ثم رد الصديق ، صح البيع بالنسبة الى داره بالف ، و بطل بالنسبة الى دار صديقه المقابلة للتسعمائة .

(و) هذا فيما اذا كانت قيمة المجموع مساوية لقيمة كل واحد من المتاعين ، اما اذا لم تكن القيمة كذلك (طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن فى غير المثلى) و انما قال : فى غير المثلى ، لان : المثلى ، يأتى حكمه فى آخر المسئلة انشاء الله تعالى (ان يقوم كل منهما) اى من الجنسين (منفردا ، فيؤخذ لكل واحد) منهما (جزء من الثمن ، نسبته) اى ذلك الجزء (اليه) اى الى الثمن (كنسبة قيمته) اى قيمة ذلك الجزء (الى مجموع القيمتين) بان يقوم هذا منفردا و هذا منفردا ، ثم جميع القيمتين و نسبة احدهما الى المجموع و الأخذ من الثمن بتلك

مثاله كما عن السرائر - ما اذا كان ثمنها ثلث دنانير ، وقيل ان قيمة المملوك قيراط و قيمه غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن .
 و ما ذكرنا من الطريق هو : المصرح به في الارشاد ، حيث قال : و يسقط المسمى على القيمتين .
 و لعله ايضا مرجع ما في الشرائع ، والقواعد ، واللغة ، من انهما يقومان جميعا ،

النسبة .

(مثاله : - كما عن السرائر - ما اذا كان) الخاتمان العقيق و الفيروز (ثمنها) اى تلك الحصة لدى الاشتراء (ثلث دنانير ، وقيل ان قيمة المملوك) للبائع كالعقيق (قيراط و قيمة غيره) كالفيروز (قيراطان) لدى تقويم كل واحد منفردا عن الآخر (فيرجع المشتري) الى البائع (بثلثي الثمن) اى يسترجع منه دينارين ، لان صاحب الفيروز ج لم يقبل بيعه .

(و ما ذكرنا من الطريق) للتقويم لمعرفة قيمة كل واحد منهما (هو : المصرح به في الارشاد ، حيث قال : و يسقط) الثمن (المسمى) فى العقد (على القيمتين) اى قيمة هذا منفردا و قيمة ذاك منفردا ، ففى المثال المسمى و هو ثلاث دنانير ، اذا سقط على القيمتين اى الثلثا لا قيراط ، يكون لاحدهما ديناران ، للاخر دينار واحد .

(و لعله) اى هذا الطريق (ايضا) كما هو ظاهر الارشاد (مرجع ما فى الشرائع ، والقواعد ، واللغة ، من انهما) اى المتاعين (يقومان جميعا)

ثم يقوم احدهما .

ولذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الارشاد ، حيث قال

طريق تقسيط المسمى على القيمتين الخ .

لكن الانصاف ان هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق

بظاهرها على عبارة الارشاد التي اخترناها في طريق التقسيط ، و

استظهرناه من السرائر ان : لو

لستعرف قيمتهما الواقعية (ثم يقوم احدهما) ثم تنسب قيمة احدهما واقعا

الى قيمة المجموع واقعا ، و يؤخذ من القيمة المسمى بتلك النسبة .

(ولذا) الذي ذكرنا بان مرجع كلام الارشاد ، و الشرائع ، شتى

واحد (فسر بهذه العبارة) اي عبارة الشرائع (المحقق الثاني عبارة

الارشاد ، حيث قال) المحقق الثاني : (طريق تقسيط المسمى على

القيمتين) حتى نعرف القيمة المسماة لكل واحد (الخ) اي الى آخر عبارة

الثلاثة المذكورة هذا .

(لكن الانصاف : ان هذه العبارة) اي انها يقومان جميعا ، ثم

يقوم احدهما (الموجودة في هذه الكتب) الشرائع ، و القواعد ، و

اللمعة (لا تنطبق بظاهرها) بدون تأويل (على عبارة الارشاد) اي قوله

و يقسط المسمى على القيمتين (التي اخترناها) اي عبارة الارشاد (في

طريق التقسيط ، و استظهرناه من السرائر) والخلاف ، في ان المراد

بعبارة الثلاثة : يقومان جميعا ، تقويم كل واحد منفردا - كما فسر الشيخ

اولا - او تقويم المجموع ، كما يدعى الآن انه ظاهر عبارة الثلاثة (ان : لو

.....
 كان المراد من تقويمهما معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج الى قولهم : ثم يقوم احد هما ، ثم تنسب قيمته ان : ليس هنا الا امران تقويم كل منهما .

• ونسبة قيمته الى مجموع القيمتين

فالظاهر ارادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احد هما بنفسه ، ثم ملاحظة نسبة قيمة احد هما الى قيمة المجموع .

كان المراد من تقويمهما معا تقويم كل منهما (منفردا) لا تقويم المجموع (بما هو مجموع (لم يحتج الى قولهم) اى قول الثلاثة - بعد ذلك - (ثم يقوم احد هما ، ثم تنسب قيمته) الخ .

وانما لم يحتج لانه يكون تكرارا ، ان : قد قال : بتقويم كل واحد (ان : ليس هنا) بناء على ارادة : تقويم كل واحد منفردا ، من قولهم : تقويمهما معا ، (الامران) .

الاول : (تقويم كل منهما) .

(و) الثانى : (نسبة قيمته) اى كل واحد منهما (الى مجموع القيمتين) بينما نرى ان عبارة الثلاثة ، اكثر من امرين ، فيدل ان المراد بـ : يقومان جميعا ، ليس : تقويم كل واحد منفردا ، بل : تقويمهما مجتمعاً .

(ف) على هذا (الظاهر) من عبارة الثلاثة (ارادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احد هما بنفسه ، ثم ملاحظة نسبة قيمة احد هما الى قيمة المجموع) فمثلا : يقوم العقيق والفيروز ج مجتمعين ، ثم يقوم العقيق وحده ثم تلاحظ قيمة العقيق الى مجموع قيمتهما .

ومن هنا انكر عليهم جماعة تبع الجامع المقاصد اطلاق القول بذلك
اذ : لا يستقيم ذلك فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة
كما في مصرعى باب ، وزوج خف اذا فرض تقويم المجموع بعشرة ، و
تقويم احدهما بدرهمين ، وكان الثمن خمسة فانه اذا رجع

(ومن هنا) حيث اراد الثلاثة : بقيمتها جميعا ، : قيمتهما
مجتمعين ، لا : قيمة كل واحد واحد منفردا ، (انكر عليهم) اى على الثلاثة
(جماعة) من الفقهاء (تبع الجامع المقاصد اطلاق القول بذلك) اى
بتقويمهما مجتمعين ، و : اطلاق ، مفعول : انكر ، اذ : لا يستقيم ذلك
القسم من التقويم (فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة
كما في مصرعى باب ، وزوج خف) فان كل فرد باب وفرد خف ، قيمته
انقص من قيمته اذا انضم الى الفرد الآخر (اذا فرض تقويم المجموع
بعشرة ، وتقويم احدهما بدرهمين ، وكان الثمن) الذى اشتراهما به
(خمسة) فانه .

اولا : قد يقوم كل فرد بدرهمين ويجمع المجموع ، فيكون اربعة
ونسبة الاثنين : قيمة احدهما ، الى الاربعة : قيمة المجموع ، نسبة
النصف ، فاللازم ان يأخذ نصف : الخمسة ، القيمة الجعلية للمبيع .
وثانيا : قد يقوم كل فرد بدرهمين ، ويلاحظ ان قيمة المجموع
عشرة ، فينسب قيمة الفرد : وهى درهما ، الى قيمة المجموع : وهى
عشرة ، فالنسبة الخمس فتكون قيمة الفرد بالنسبة الى : الخمسة ، القيمة
الجعلية ، الخمس ، فيلزم ان يأخذ درهما واحدا فقط (فانه اذا رجع

المشتري بجزء من الثمن نسبته اليه ، كنسبة الاثنين الى العشرة استحق من البائع واحدا من الخمسة ، فيبقى للبائع اربعة فى مقابل المصراع الواحد ، مع انه لم يستحق من الثمن ، الامقدار من الثمن مساويا لما يقابل المصراع الآخر اعنى درهمين ونصفا .

والحاصل : ان البيع انما يبطل فى ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الاجازة ، ويصح فى

رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته اى ذلك الجزء (اليه) اى الى الثمن (كنسبة الاثنين الى العشرة) حيث لوحظ قيمة المجموع ، من حيث هو مجموع (استحق) المشتري (من البائع واحدا من الخمسة) والخمسة هى القيمة الجعلية (يبقى للبائع اربعة فى مقابل المصراع الواحد ، مع انه) اى البائع (لم يستحق من الثمن ، الامقدار من الثمن) هو النصف (مساويا) ذلك المقدار (لما يقابل) من الثمن (المصراع الآخر اعنى درهمين ونصفا) .

وعلى هذا فاللازم ملاحظة نسبة القيمة للجزء ، الى قيمة جزء ، وقيمة جزء لا الى قيمة الجزئية معا .

(والحاصل : ان البيع انما يبطل فى ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها) اى تلك الحصة ، والباء فى : بحصته ، بمعنى المقابلة ، اى مقابل حصته (الغير) صاحب الجزء الآخر الذى باعه الفضول مع مال نفسه (مع الاجازة) فان الغير لو اجاز البيع كان اخذ نصف الخمسة ، فاذا رد بطل البيع بالنسبة الى نصف الخمسة (ويصح) البيع (فى

نصيب المالك بحصة ، كان يأخذها مع اجازة المالك ، الجزء الآخر هذا .
ولكن الظاهر : ان كلام الجماعة .

اما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع
او مرادهم من تقويمهما ، تقويم كل منهما منفردا .
ويراد من تقويم احد هما ثانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين

نصيب المالك (البائع (بحصة) اى بمقابل حصة من الثمن (كان يأخذها)
المالك (مع اجازة المالك ، الجزء الآخر) وهو نصف الخمسة ايضا
(هذا) هو مقتضى القاعدة .

(ولكن الظاهر : ان كلام الجماعة) الشرائع ، والقواعد ، واللمعة
الذين ظاهرهم نسبة قيمة الفرد الى المجموع : كنسبة الاثنين الى
العشرة فى المثال ، .

(اما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع)
بان كان قيمة المصراع ديناراً ، وقيمة المصراعين دينارين ، لان قيمة
المصراعين ثلاثة ، او ديناراً ونصفاً ، اذ ربما اوجب الاجتماع نقصان
القيمة ، كالجارية غير المرضعة ، قيمتها الف والمرضة قيمتها خمسمائة ،
حيث ان الرضاع يوجب تكاليف على السيد ، ويمنع من الحمل الذى
يقصده السيد : مثلاً ، فاجتماع الولد معها يوجب نقص قيمتها .

(او مرادهم من تقويمهما ، تقويم كل منهما منفرداً) اولاً .

(ويراد من تقويم احد هما ثانياً) حيث ذكر الثلاثة اولاً التقويم جميعاً
وثانياً تقويم احد هما (ملاحظة قيمته) اى قيمة احدهما (مع مجموع القيمتين)

والافساد الضابط المذكور فى كلامهم لا يحتاج الى النقض بصورة مدخلية الاجتماع فى الزيادة التى يمكن القول فيها - وان كان ضعيفا - باخذ النسبة للمشتري بين قيمة احدى هاتى المنفرد ، وبين قيمة المجموع

فقيمة كل فرد اثنان ، وقيمة احدى هاتى بالنسبة الى المجموع خمسة ، و على هذا اقيستقيم كلامهم ، سواء زادت قيمة المجموع ، وانقصت ، او تساوت مع القيمة الجعلية ؟ (والا) يريد واهذا المعنى من كلامهم (ففساد الضابط المذكور) لاخذ النسبة ، وهو قولهم : يقومان جميعا ثم يقوم احدى هاتى ، (فى كلامهم لا يحتاج الى) برهان .

و ذلك ليس فقط بوجود (النقض بصورة مدخلية الاجتماع) بين المتاعين (فى الزيادة) لقيمة كل واحد منهما لى الاجتماع ، فان هذه الصورة هى (التى يمكن القول فيها) اى فى هذه الصورة (- وان كان) القول (ضعيفا -) وهذه جملة معترضة بين القول والمقول (باخذ النسبة للمشتري) اى لفائدتها (بين قيمة احدى هاتى المنفرد ، وبين قيمة المجموع) : بين ، متعلق ب : النسبة ، فانه يمكن ان يقال فى المثال المتقدم : ان ثمانية من العشرة ترجع الى المشتري - بعد رد صاحب المصراع - ويكون اثنان للبائع فى مقابل مصراعه ، فان هذا القول لا يلزم منه محذور ، .

اذ : لو كان البائع علم بهذا واقدم ، فقد اقدم على ضرر نفسه ، و مثله لا محذور فيه ، كمالو باع ماله الذى يسوى بالف ، بعشرة فقط عالما بماذا و اذا لم يكن البائع علم بهذا ، كان له خيار الفسخ للغبن .

بل ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة ، بحيث يكون قيمة احد هما منفردا ، مثل قيمة المجموع ، او ازيد ، فان هذا فرض ممكن ، كما صرح به في رهن جامع المقاصد ، وغيره ، فان الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن والتمن ، كما لو باع جارية مع امها ، قيمتهما مجتمعين عشرة ، وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية

وعلى كل فساد الضابط المذكور ليس لهذا النقض ، لا مكان التخلص من هذا النقض (بل ينتقض) الضابط المذكور (بصورة مدخلية الاجتماع) بين المتاعين (في نقصان القيمة) حتى انه لا قيمة لاحد هما اصلا في حال الاجتماع (بحيث يكون قيمة احد هما منفردا ، مثل قيمة المجموع ، او ازيد) من قيمة المجموع (فان هذا فرض ممكن ، كما صرح به في رهن جامع المقاصد ، وغيره) .

وانما ينتقض الضابط المذكور بهذه الصورة (فان الالتزام هنا بالنسبة المذكورة) بان تنسب قيمة احد هما الى قيمة المجموع — كما يقتضيه الضابط المذكور — (يوجب الجمع بين الثمن والتمن) .

ومن المعلوم : ان مثله لا يكون بيعا عقلا ولا شرعا (كما لو باع جارية مع امها ، قيمتهما مجتمعين عشرة ، وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة) وذلك لان الاجتماع بينهما يوجب قلة الرغبة في كل واحد منهما لايجاد ازعاج الاثنتين للمشتري حيث تمنعانه مجتمعين من مزاولته اعمال السيادة والاستفراش (بثمانية) متعلق ب : باع ، بان لاحظ البائع ضعف حال المشتري ، فخفف له في القيمة .

.....
 فان نسبة قيمة احديهما المنفردة الى مجموع القيمتين نسبة الشئ الى
 مماثلة ، فرجع بكل الثمانية ، وكان من اورد عليهم ذلك غفل عن هذا ، او
 كان عنده غير ممكن ، فالتحقيق فى جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة
 كل منهما منفردا ، ونسبة قيمة احد هما الى مجموع القيمتين .

وانما يلزم المحذور هنا من اعمال الضابط المذكور (فان نسبة قيمة
 احديهما المنفردة) اعنى العشرة (الى مجموع القيمتين) اعنى العشرة
 ايضا (نسبة الشئ الى مماثلة) لان قيمة الواحدة وقيمة الاثنتين معا ،
 متساويتان (فرجع) المشتري الى البائع (بكل الثمانية) وهذا جمع عند
 المشتري بين الثمن والمثمن .

بل يمكن ان يقال : بانه يلزم على البائع ان يعطى دينارين
 فوق الثمانية الى المشتري ، حتى يجمع المشتري فى المثال بين الثمن
 والمثمن ، وبين الزيادة (وكان من اورد عليهم) اى على الذين قالوا
 بذلك الضابط (ذلك) الاشكال المتقدم فى مسئلة زوج الحداء ، و
 مصراعى الباب (غفل عن هذا) النقص الذى هو اهم ، اى الجارية و
 امها (او كان عنده غير ممكن) مثل هذا المثال ،

وعلى كل حال (فالتحقيق فى جميع الموارد) فى ضابط التقويم و
 اخذ النسبة (ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا ، ونسبة قيمة
 احدهما الى مجموع القيمتين) .

ففى مثال الجارية وبنتها ، يجب ان ترد الى المشتري اربعة
 دراهم فقط ، لان الجارية قيمتها نصف قيمة مجموع القيمتين ، فان مجموع

فان قلت : ان المشتري اذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر ، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك احدهما ، فالبايع انما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا ، فله من الثمن جزء نسبتة اليه كنسبة الدرهمين الى العشرة ، وهو درهم واحد ، فالزيادة ظلم على المشتري وان كان ما اوهمه عبارة الشرائع ، وشبهها من اخذ

القيمتين : الواقعتين ، عشرون ، وقيمة ، احديهما منفردة عشرة .
 (فان قلت) : ما ذكرتم من ملاحظة النسبة الى مجموع القيمتين ليس بتام ، بل اللازم ملاحظة القيمة منفردا ، ففي المثال السابق يلزم ان يكون للبايع درهم لمصرع الباب ، لا درهمان ونصف .
 وذلك : ل (ان المشتري اذا بذل الثمن الخمسة دراهم في المثال (في مقابل كل منهما) مال المالك ، و مال غيره (مقيدا باجتماعه مع الآخر ، وهذا الوصف) اي وصف الاجتماع (لم يبق له) اي للمشتري (مع رد مالك احدهما) فكان المشتري - في المثال السابق - اعطى درهما لهذا المصرع ، و درهما لذاك المصرع ، وثلاثة دراهم لوصف الاجتماع (فالبايع انما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا) بدون وصف الاجتماع (فله) اي للبايع (من الثمن جزء نسبتة) اي ذلك الجزء (اليه) اي الى الثمن (كنسبة الدرهمين الى العشرة) الى نسبة الخمس (وهو درهم واحد ، فالزيادة) اي اخذ البايع ازيد من درهم واحد (ظلم على المشتري) لان الاكثر من الدرهم ، لم يأخذ المشتري في مقابلة شيئا (وان كان ما اوهمه عبارة الشرائع ، وشبهها من اخذ

البائع اربعة و المشتري واحد اشد ظلما ، — كمانه عليه فى بعض
حواشى الروضة — فاللازم ان يقسط الثمن على قيمة كل من المكيين
منفردا ، وعلى هيئته الاجتماعية ، و يعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة
ملكه منفردا .

البائع اربعة) دراهم ، من الخمسة التى كانت ثمنالمصراعى الباب (و
المشتري (درهما (واحدا) لان مالك المصراع الآخر حيث اخذ مصراعه
و مصراعه المفقود يسوى درهما واحد افقد رد من المشتري مايساوى درهم
واحد (اشد ظلما) اذ : معنى ذلك ان يأخذ البائع ثلاثة دراهم —
التى كانت فى مقابل الهيئة الاجتماعية المفقودة ، بينما فيما لو اخذ
البائع درهمين و نصفايكون قد اخذ نصف ما فى مقابل الهيئة الاجتماعية — .
و من المعلوم ان اخذ ثلاثة بلا استحقاق ، اشد ظلما من اخذ الدرهم
و النصف (— كمانه عليه) اى على كون ما اوهمه عبارة الشرائع اشد ظلما
(فى بعض حواشى الروضة —) اذ : (فاللازم ان يقسط الثمن) المأخوذ ،
و هو خمسة (على قيمة كل من المكيين منفردا) فكل مصراع درهم واحد
(وعلى هيئته الاجتماعية) و هى تقابل ثلاثة دراهم (و يعطى البائع
من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا) فان القيمة الواقعية للمصراع الواحد
لما كانت اثنين ، و قيمة المجموع الواقعية لما كانت عشرة ، فنسبة قيمة
المصراع الى المجموع الخمس ، و حيث ان القيمة الجعلية خمسة ،
فاللازم ان يكون للبائع خمس الخمسة و هو درهم واحد
فقط .

و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا ، و قيمة هيئة
الاجتماعية .

قلت : فوات وصف الانضمام كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة
ليس مضمونافي باب المعاوضات ، وان كان مضمونافي باب العدوان ،

(و) على هذا (يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا) و هو
درهم (و) كذلك يبقى للمشتري (قيمة هيئته الاجتماعية) وهوثلاثة دراهم .
(قلت) الاوصاف لا تقابل بالاثمان ، وان كانت توجب
الاوصاف زيادة قيمة الاعيان .

ولذا فوصف الاجتماع لا يقابل بثلاثة دراهم ، وان كان هذا
الوصف يوجب زيادة قيمة كل مصراع .

وعليه : ف (فوات وصف الانضمام) الهية الاجتماعية للمصراعين
(كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضمونافي باب المعاوضات)
حتى اذا فوات الوصف لزم على البائع تداركه (وان كان مضمونافي باب
العدوان) فاذ اتلف شخص بابا من مصراعي الباب ، لزم عليه ان يعطى
للمالك ثمانية دراهم ، فيما كان قيمة المصراع الباقي اثنان فقط —
العشرة — التي هي قيمة المصراعين مجتمعين — .

ان قلت : فهل يصح ان يخسر المشتري ثلاثة دراهم في مقابل
لاشئ ؟ اذ : قد حصل المشتري — في المثال السابق — مصراعا يسوى
درهما واحدا فلماذا يعطى اربعة دراهم ؟ او يعطى درهمين ونصفا ؟
حتى يخسر درهما ونصفا في مقابل لاشئ .

غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة .

ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع ، و ملك غيره متعدد دين في الوجود كعبد وجارية ، او متحدا كعبد ثلثة للبائع ، و ثلثاه لغيره فانه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثا ، لان الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان ، لكونه اقل رغبة

قلت : (غاية الامر ثبوت الخيار) للمشتري (مع اشتراط تلك الصفة) شرطا لفظيا ، او شرطا انصرافيا ، فللمشتري ان يفسخ العقد بحال رد المالك الآخر البيع في حصة نفسه ، و ذلك لدليل : لا ضرر ، او لخيار الشرط ، او ما شبهه .

(ولا فرق فيما ذكرنا) من ضابط اخذ المالك للقيمة المنسوبة الى المجموع (بين كون ملك البائع ، و ملك غيره) الذين باعهما المالك في صفقة واحدة (متعدد دين في الوجود) كزوج خف ، و مصراعى الباب ، و (كعبد وجارية) قيمتهما مجتمعين عشرة ، و قيمة كل منهما منفردا اثنان - مثلا - (او متحدا) في الوجود (كعبد ثلثة للبائع ، و ثلثاه لغيره) فانه اذا كانت قيمة العبد تسعة و اشتراه المشتري بأربعة و نصف ، وكان قيمة الثلثين منفردا اثمانية ، قيمة الثلث منفردا درهم واحد ، كان للبائع من الثمن - عند رد المالك الآخر - نصف درهم (فانه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثا) حتى يقال : لكل ثلث درهم و نصف - مثلا - (لان الثلث) المنفرد (لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان) فاذا بيع الثلثان بثمانية ، كان قيمة الثلث درهم فقط (لكونه) اى الثلث المنفرد (اقل رغبة

منه ، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ، ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة هذا كله فى القيمى .

اما المبيع المثلى ، فان كانت الحصة مشاعة ، قسط الثمن على نفس المبيع ، فيقابل كل من حصتى البائع والاجنبى بما يخصه .
وان كانت حصة كل منهما معينة ، كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة

منه) من الثلثين (بل يلاحظ قيمة الثلث) المنفرد ، وهو درهم من تسعة دراهم — فى المثال — (وقيمة الثلثين) وهو ثمانية دراهم — فى المثال — (وقيمة الثلثين) وهو ثمانية دراهم — فى المثال — (ويؤخذ النسبة منهما) اى من القيمتين — وهى نسبة التسع — (ليؤخذ من الثمن) الجعلى — كاربعة ونصف فى المثال — (بتلك النسبة) اى نصف درهم — كما عرفت — (هذا كله) تمام الكلام (فى القيمى) كالحيوان ، وما اشبه .

(اما المبيع المثلى) كما لوباع منا من الحنطة كان نصفها لغيره (فان كانت الحصة) المبيعة (مشاعة ، قسط الثمن على نفس المبيع ، فيقابل كل من حصتى البائع والاجنبى بما يخصه) فلوباع المبن بدينار ، كان لكل منهما نصف دينار ، فان رد الاجنبى رد على المشتري نصف دينار .

(وان كانت حصة كل منهما معينة) كما لوباع نصف من ، و نصف من ، منحازا احدهما عن الآخر (كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة

.....

قيمتى الحصتين ، وتقسيط الثمن على المجموع ، فانهم •

قيمتى الحصتين ، وتقسيط الثمن على المجموع) والاخذ بالنسبة ، كما
 لو باع نصفى المن بدينار ، وكان قيمة ماله دينارا ، وقيمة مال
 الاجنبى دينارين ، فان له من الدينار الثمن ثلثة ، وهكذا
 (فانهم) •

فان ما ذكره من الاوصاف التى لاتقابل بالاثمان ، محل اشكال
 كيف وهو خلاف العرف الذى هو المعيار فى فهم وتطبيق :
 او فوا بالعقود •

مسئلة

لو باع من له نصف الدار، نصف تلك الدار،
فان علم انه اراد نصفه او نصف الغير، عمل به، والا فان علم انه
لم يقصد بقوله : بعثك نصف الدار المفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان
حمله على نصفه المملوك له .

(مسألة لو باع من له نصف الدار) ولغيره النصف الآخر(نصف
تلك الدار) اى نصف الدار المملوكة، فله اربع صور .

١- بيع نصف نفسه .

٢- بيع نصف غيره .

٣- بيع النصف المشاع بينه وبين غيره - ومن هذا القبيل اذا
قصد ثلث مال نفسه وثلثى مال صديقه، او ما شبه ذلك - .

٤- ان يقصد مفهوم لفظ النصف، بدون قصد اى من المعانى الثلاثة المتقدمة .

(فان علم انه اراد نصفه) اى النصف المملوك له (او نصف الغير،

عمل به) ففي نصفه، البيع كامل، وفى نصف غيره فضولى، وفى المشاع

كامل، بالنسبة الى حصة نفسه، فضولى بالنسبة الى حصة غيره (والا

فان علم انه لم يقصد بقوله : بعثك نصف الدار المفهوم هذا اللفظ،
ففيه احتمالان) .

الاول : (حمله على نصفه المملوك له) .

• وحمله على النصف المشاع ، بينه وبين الاجنبى .

• ومنشأ الاحتمالين .

اما تعارض ظاهر النصف ا عنى الحصة المشاعة فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص وان لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام .

(و) الثانى : (حمله على النصف المشاع بينه وبين الاجنبى) .

• اما حمله على نصف الاجنبى فقط فلا وجه له .

(ومنشأ الاحتمالين) تعارض ظهور النصف فى الاشاعة ، مع ظهور ان المالك لا يتصرف الا فى ماله - وهذا فى الجملة هو مراد المصنف وان كان فى العبارة نوع اجمال - .

(اما تعارض ظاهر النصف) فى كلام البائع (ا عنى الحصة المشاعة)

هذا تفسير للنصف (فى مجموع النصفين) متعلق ب : ظاهر (مع ظهور انصرافه) اى النصف ، و : مع ، ظرف التعارض (فى مثل المقام من مقامات التصرف) الذى يريد مالك النصف ، التصرف فى المال ، فانه منصرف (الى نصفه المختص) به (وان لم يكن له) اى للنصف (هذا الظهور) فى نصف نفسه (فى غير) مثل هذا (المقام) كما لو قال : نصف الدار خربة ، او قال : نصف الدار يسوى بالف ، او ما شبه .

والحاصل ان قرينة التصرف تعين ان المراد بالنصف فى كلام

نصف نفسه ، لا النصف المشاع .

-
- ولذا : يحمل الاقرار على الاشاعة - كما سيجيء - .
- أو مع ظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه لان بيع مال الغير ، لا بد فيه امان نية الغير ، او اعتقاد كون المال لنفسه .
- وامان بنائه على تملكه للمال عدوانا - كما فى بيع الغاصب - .
- والكل خلاف المفروض هنا .

- (ولذا) الذى ليس لنصف ظهور فى غير المقام (يحمل الاقرار على الاشاعة) فاذا قال من له نصف الدار : نصف هذه الدار لزيد ، فان اقراره هذا يحمل على الاشاعة ، وانه اقرار فى ربعين ربع الدار الذى لنفسه و ربع الدار الذى لشريكه (- كما سيجيء -) .
- (او) لتعارض ظاهر فى مجموع النصفين (مع ظهور انشاء البيع) من مالك النصف (فى البيع لنفسه) .
- والفرق بين هذا وسابقه : ان السابق كان تمسكا بـ : انصراف النصف ، وهذا تمسك بظهور : انشاء البيع .
- وانما قلنا : ان ظاهر انشاء البيع كونه بيعا لنفسه (لان بيع مال الغير ، لا بد فيه امان نية الغير) بان ينوى البائع انه يبيع مال الغير (او اعتقاد) البائع (كون المال لنفسه) جهلا بالواقع .
- (وامان بنائه) أى البائع (على تملكه للمال عدوانا - كما فى بيع الغاصب -) حيث انه مع علمه ان المال لغيره يبنى انه لنفسه ، غصبا .
- عدوانا .
- (والكل) من الامور الثلاثة (خلاف المفروض هنا) أى فى مقام

و ما ذكرنا يظهر الفرق بين مانحن فيه ، وبين قول البائع : بعت غانما - مع كون الاسم مشتركابين عبده وعبد غيره - حيث ادعى فخر الدين الاجماع على انصرافه الى عبده ، فقام عليه مانحن فيه اذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير ، فبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع ، وانصراف

قال البائع النصف ، ولم يرد الا مفهوم هذا النصف ، بدون قصده اكل مال الغير ، ولا جهله بالواقع ، ولا نيته لبيع مال الغير .

(و) ان قلت : قد ادعى فخر الدين انه لو قال مالك عبد : اسمه غانم ، بعت غانما ، وكان هذا الاسم مشتركابين عبده ، وعبد غيره ، كان المبيع مال نفسه بالاجماع ، فما الفرق بين بيع المشترك في الاسم و المشترك في الملك - كما في الدار - ؟

قلت : (ما ذكرنا) من تعارض الظهور في الاشاعة مع الظهور في كون المبيع مال نفسه (يظهر الفرق بين مانحن فيه) من بيع النصف المشاع (وبين قول البائع : بعت غانما - مع كون الاسم) اي : اسم غانم (مشتركابين عبده وعبد غيره - حيث ادعى فخر الدين الاجماع على انصرافه) اي انصراف المبيع (الى عبده) اي عبد نفسه (فقام) فخر الدين (عليه) اي على بيع غانم (مانحن فيه) فقال : بان بيع نصف الدار ايضا منصرف الى نصف نفسه (اذ) علة لظهور الفرق (ليس للفظ المبيع هنا) في بيع غانم (ظهور في عبد الغير) حتى يعارض ظهوره في عبد نفسه (فبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع ، وانصراف) عطف على : ظهور ،

لفظ المبيع في مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض ،
 فيفسر بهما اجمال لفظ المبيع .

ثم انه لو كان البائع وكيلافى بيع النصف ، او وليا عن مالكة ، فهل
 هو كالاجنبى ؟ وجهان مبنيان على : ان المعارض لظهور النصف فى
 المشاع ، هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع فى مقام التصرف .

(لفظ المبيع) : غانم ، (فى مقام التصرف) اى الظهور الحاصل من
 التصرف (الى مال المتصرف ، سليمين عن المعارض) بخلاف هناك ، حيث
 كان ظهور النصف فى الاشاعة معارضا للظهورين — كما عرفت — (فيفسر
 بهما) اى بهذين الظهورين : ظهور بيع . . وانصراف لفظ المبيع ،
 (اجمال لفظ المبيع) : غانم ، .

(ثم انه لو كان البائع وكيلافى بيع النصف ، او وليا عن مالكة)
 الصغير كالاب والجد — مثلا — (فهل هو كالاجنبى ؟) فيما اذا قال : بعت
 النصف ، يكون احتمالا ، ام لا (وجهان مبنيان على : ان المعارض
 لظهور النصف فى المشاع ، هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع فى مقام
 التصرف) .

المراد بالوجهين ، وجه كونه كالاجنبى فى جريان الوجهين السابقين
 ووجه عدم كونه كالاجنبى ، فيجربى الاشتراك بين حصته و حصة موكله ،
 او المولى عليه .

ثم ان جعلنا المعارض لظهور النصف فى الاشاعة ، انصراف لفظ
 المبيع الى مال البائع ، ففى هذا الفرض يتعين الاشتراك ، لان

.....
 • او ظهور التملك فى الاصاله .

الاقوى هو الاول لان ظهور التملك فى الاصاله من باب الاطلاق
 و ظهور النصف فى المشاع ، وان كان كذلك ايضا ، الا ان ظهور المقيد وارد
 على ظهور المطلق

الظهورين يتعارضان •

اذا احدهما ظهوره بملاحظه المقام ، و الآخر ظهوره فى حد نفسه
 و لاحكمه لاحدهما على الآخر ، فيتساقتان و يكون المرجع الاشتراك
 بين البائع و الموكل - مثلا - •

(او ظهور التملك فى الاصاله) بان يكون ظهور التملك فى
 الاصاله ، و فى كونه من مال البائع ، معارضا لظهور النصف فى الاشاعه
 فانه فى هذه الصوره يكون كالاجنبى فى احتمال الامرين •

(الاقوى هو الاول) فيحكم بالاشتراك (لان ظهور التملك) و هو
 الفعل (فى الاصاله) اى ان البائع انما باع مال نفسه ، لا المال
 المشترك (من باب الاطلاق) حيث انه لم يقيد البيع بكونه عن غيره ، فهو
 منصرف الى كون البيع عن نفسه (و ظهور النصف فى المشاع ، وان كان
 كذلك) من باب الاطلاق (ايضا ، الا ان ظهور المقيد) اى القيد و هو
 النصف - الظاهر فى الاشاعه - (وارد ، على ظهور المطلق) اى
 الفعل ، ولذا يقدم ظهور : يرمى ، على ظهور : الاسد ، فى قولك :
 رأيت اسدا يرمى ، حيث ان : يرمى ، قيد و : الاسد ، مقيد ، و تقول
 المراد بالاسد الشجاع ، لان المراد بيرمى ، رمى الحجاره •

..... وما ذكره الشهيد الثاني : من عدم قصد الفضولى الى مدلول اللفظ

وان شئت قلت : - فى وجه جعل : النصف ، من الاشاعة و الاشتراك بين الوكيل والموكل - ان البيع تمليك ، وهو مطلق بالنسبة الى مال نفسه و مال غيره ، لكنه ظاهر فى مال نفسه لان قصده لمال غيره محتاج الى مؤنة زائدة .

ومتعلق البيع اى : نصف الدار ، ظاهر فى الاشاعة ، لان قصده لنفسه محتاج الى مؤنة زائدة .

لكن ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل ، ولذا يقدم ظهور : النصف ، على ظهور : بعث ،

(و) ان قلت : نسلم ان ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل ، لكن ذلك انما هو فيما اذا لم يكن ظهور آخر معارض لظهور المتعلق ، و الحال ان فى المقام يوجد ظهور آخر خلاف الاشاعة ، وهو ظهور حال المتكلم فى ارادته لمدلول كلامه ، والفضول لا يريد مدلول كلامه ان المال ليس ، له ، حتى يريد مدلول كلامه .

والحاصل : ان ظهور : النصف ، فى الاشاعة ، و ظهور ارادة المتكلم لمدلول كلامه الذى حاصله عدم الاشاعة ، يتعارضان ، فيتساقطان ، ويكون المرجع ظهور الفعل فى الاختصاص .

وهذا الاشكال هو (ما ذكره الشهيد الثاني : من عدم قصد الفضولى

الى مدلول اللفظ) .

قلت : يرد على هذا الاشكال اولا : اننا نسلم ان الفضولى غير

وان كان مرجعه الى ظهور وارد على ظهور العقيد الا انه مختص
بالفضولى لان القصد الحقيقى موجود فى الوكيل والولى ، فالاقوى فيهما
الاشتراك فى المبيع ، تحكيما لظاهر النصف ، الا ان يمنع ظهور النصف
الافى النصف المشاع فى المجموع :

قاصد لمدلول كلامه - كما مر كلام الشهيد والاشكال عليه فى باب الفضولى
سابقا - .

وثانيا : نقول ان كلام الشهيد (وان كان مرجعه الى ظهور وارد
على ظهور العقيد) اى : النصف - كما عرفت - (الا انه) اى هذا الاشكال
(مختص بالفضولى) وكلامنا الآن ليس فى الفضولى ، بل فى الوكيل والولى
هما ليسا كالفضولى (لان القصد الحقيقى موجود فى الوكيل والولى ،
فالاقوى فيهما) اى فى الوكيل والولى ، اذ با عابيعا مطلقا ، اى قالوا :
بعت نصف الدار ، فى حال كون نصفها له ، ونصفها الآخر للموكل والمولى
عليه (الاشتراك فى المبيع) وان المبيع ربعان ، ربع للبائع ، وربع
لموكله والمولى عليه (تحكيما لظاهر النصف) فى الاشاعة على ظاهر
الفعل - اى بعت - فى الاختصاص (الا ان يمنع ظهور النصف الا فى
النصف المشاع) ولادلالة - للنصف المشاع - على انه : المشاع الذى
للمالك ، او : المشاع الذى لهما .

فظهر : بعت فى كونه للمالك ، يكون محكما ، فالاستدلال بظهور
النصف المشاع (فى المجموع) فى كونه لهما ، غير تام .

واما ملاحظة حقى المالكين ، و ارادة الاشاعة فى الكل — من حيث انه مجموعهما — فغير معلومة ، بل معلوم العدم بالفرض .
و من المعلوم : ان النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختص ، فقد ملك كليا يملك مصداقه ، فهو كمالوباع كليا سلفا مع كونه مأذونافى بيع ذلك من غيره ايضا ، لكنه لم يقصد الامدلول اللفظ

(واما ملاحظة حقى المالكين) اى الربع من هذا ، و الربع من ذاك (و ارادة) قسم خاص من الاشاعة اى (الاشاعة فى الكل — من حيث انه) اى النصف المشاع (مجموعهما —) اى مجموع الحقين (فغير معلومة ، بل معلوم العدم بالفرض) لظهور البيع فى كونه تصرفا فى ملك نفسه ، و لان المفروض ان البائع لم يقصد مجموع الحصتين .
(و من المعلوم : ان النصف المشاع بالمعنى المذكور) بما هو هذا المفهوم القابل للانطباق على نصف المالك ، و على مجموع الحقين (يصدق على نصفه) اى نصف البائع (المختص) به (فقد ملك) البائع — من باب التفعيل — (كليا) له فردان ، فرد نصفه المختص ، و فرد نصف مجموع الحقين (يملك) البائع (مصداقه ، فهو) اى بيع هذا الكلى (كمالوباع كليا سلفا) بان قال للمشتري : بعثك منان الحنطة (مع كونه مأذونافى بيع ذلك من غيره ايضا) كمالوكله زيد فى ان يبيع منان الحنطة من قبله (لكنه) اى البائع القائل : بعثك منا — من الحنطة ، (لم يقصد الامدلول اللفظ) اى لفظ : منا من الحنطة .

من غير ملاحظة وقوعه عنه ، او عن غيره ، فان الظاهر وقوعه لنفسه ، لانه عقد على ما يملكه ،

فصرفه الى الغير من دون صارف ، لا وجه له .
ولعله لما ذكرنا ، ذكر جماعة كالفاضلين ، والشهيدين ، وغيرهم
لو انه اصدق المرأة عينا ، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج
بالطلاق النصف الباقي

(من غير ملاحظة وقوعه) اي البيع (عنه) اي عن نفسه (او عن غيره) اي
الموكل له (فان الظاهر) حسب القواعد (وقوعه) اي البيع (لنفسه) لا
لغيره ، ولا مشتركا بين نفسه ، وبين غيره (لانه) اي البائع (عقد) —
بصيغة فعل الماضي — (على ما يملكه) .

(فصرفه) اي العقد (الى الغير) الموكل له (من دون صارف) اذ :
الفرض انه لا قصد للبائع في كونه عن الغير ، ولغظه ايضا ليس خاصا
بالغير (لوجه له) فان العقود تتبع القصد الصريحة او التابعة لظاهر
اللفظ — فيما اذا قصد ظاهر اللفظ — وكلاهما لا يوجدان بالنسبة الى
ملك الغير .

(ولعله لما ذكرنا) من الحمل على نصفه المختص لعدم ظهور :
النصف المشاع ، في كونه من الحقين (ذكر جماعة كالفاضلين ، والشهيدين ، و
غيرهم ، لو انه اصدق) الزوج (المرأة عينا) كدار — مثلا — (فوهبت)
المرأة (نصفها) اي نصف تلك العين (المشاع) ذلك النصف (قبل الطلاق
استحق الزوج بالطلاق) قبل الدخول (النصف الباقي) فترجع

لأن نصف الباقي ، وقيمة نصف الموهوب ، وان ذكروا ذلك احتمالا ، وليس
الامن جهة صدق النصف على الباقي ، فيدخل في قوله تعالى : فنصف ما فرضتم

كل الدار الى الزوج (لانصف الباقي ، وقيمة نصف الموهوب) فانه اذا
كانت الهبة هبة لنصف الحقين اي هبة ربع منها المستقر ، وربع ثمان
متزلزل ، كان اللازم ان يسترجع الزوج بالطلاق ربعا لها فقط ، ويأخذ
قيمة ربع آخر اتلفتة هي بالهبة .

والحاصل : ان للدار نصفين ، نصف مستقر بمجرد العقد ، ونصف
متزلزل - ان دخل بها استقر ، وان لم يدخل رجع الى الزوج - فاذا
قالت المرأة : وهبت نصف الدار ، كان اللازم ان يكون هبة لنصفها
المستقر ، فاذا طلق الزوج اخذ النصف المتزلزل ، لان تكون الهبة
هبة لنصف نصفها المستقر ونصف النصف المتزلزل حتى اذا طلق الرجل
يكون يرجع الى الرجل ، نصف النصف المتزلزل ، وتخسر المرأة قيمة
نصف النصف المتزلزل ، الذي وهبته ، ويبقى للمرأة نصف النصف المستقر
ويكون الحاصل : ان له ثلاثة ارباع نصف بالهبة ، وربع بالطلاق
بالاضافة الى قيمة الربع ، ولها ربع (وان ذكروا) هؤلاء العلماء (ذلك)
نصف الباقي ، وقيمة النصف الموهوب (احتمالا ، وليس) فتواهم
باستحقاق الزوج : النصف الباقي ، (الامن جهة صدق النصف)
الموهوب على نصفها المستقر ، فحين الهبة يكون الموهوب نصفها
المستقر ، فينطبق الرجوع بالطلاق (على) النصف (الباقي ، فيدخل)
النصف الباقي (في قوله تعالى : فنصف ما فرضتم) .

وان كان يمكن توجية هذا الحكم منهم بانه لما كان الربع الباقي للمرئة من الموجود مثلا للربع التالف من الزوج ، ومساوياه من جميع الجهات ، بل لا تغاير بينهما الا بالاعتبار ، فلا وجه لاعتبار

ولا يخفى ان ما شرحناه به العبارة هو المستقيم المنطبق على ما افاده (ره) سابقا ، من كون البيع ينطبق على مال البائع الخاص به .
اما ظاهر العبارة اى قوله : صدق النصف على النصف الباقي ، فاجنبى عن المقصود (وان كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم) اى الحكم باسترجاع الزوج النصف الباقي ، توجيهها لا ينافى ان يكون النصف الموهوب : ربعا من المستقر ، وربعاً من المترزل ، فليس رجوع النصف ، لان الباقي نصف مترزل ، بل لا مرآخر ، و هو انها وهبت : ربعاً من المترزل ، و ربعاً من المستقر ، فلما ان طلقت اخذ الزوج الربع المترزل اصالة ، واخذت ربعها الباقي لها المستقر بدلا عن ما اطفه من : الربع المترزل ، بسبب الهبة ،

فالتوجيه : انما هو (بانه لما كان الربع الباقي للمرئة) - اى المستقر - (من الموجود) الذى لم يخرج عنها بالهبة (مثلا للربع التالف) الذى اطفته المرئة : من المترزل ، بسبب الهبة (من الزوج) متعلق : بالتالف ، (ومساويا) عطف على : مثلا ، (له) اى للربع التالف (من جميع الجهات ، بل لا تغاير بينهما) اى بين الربع التالف بالهبة ، والموجود عند المرئة - من المستقر - (الا بالاعتبار) حيث ان الموجود من : المستقر ، والتالف من : المترزل ، (فلا وجه لاعتبار

القيمة ، نظير مالو دفع المقرض نفس العين المقرضة مع كونها قيمة .
 لكن الظاهر : انهم لم يريدوا هذا الوجه وانهم عللوا استحقاؤه
 للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه ، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام ونظيره
 — في ظهور المنافاة لما هنا —

القيمة) اى لا وجه بالقول بان المرءة تعطى قيمة الربع التالف ، وتبقى
 لنفسها ربعا (نظير مالو دفع المقرض نفس العين المقرضة مع كونها)
 اى العين (قيمة) اذ : العين اقرب الى نفسها من القيمة ، فان القيمة
 لم تشرع للتعذر المثل ، ومن المعلوم ان : العين ، هى هى ، فلا
 وجه للرجوع الى القيمة مع وجود العين ، ولا يحق للمالك ان يقول : لا
 آخذ العين ، بل اريد القيمة ، وهكذا فيما لوارجع المقرض عين القرض
 — فى المثلى — لأمثله .

(لكن الظاهر : انهم لم يريدوا هذا الوجه) اى ما قلنا باننا يمكن
 توجيه الحكم منهم (وانهم عللوا استحقاؤه) اى الزوج (للنصف الباقي
 ببقاء مقدار حقه) الظاهر فى ان الهبة كانت لنصفها المستقر المشاع ، لا
 النصف المشاع الشامل الحقين (فلا يخلو) كلامهم فى باب هبة نصف
 المهر (عن منافاة لهذا المقام) اى كلامهم فى مقام البيع ، وانه لو باع
 النصف المشاع — وكان مشتركا بينه وبين غيره — كان المبيع ربعا من
 البائع ، وربعاً من الاجنبى (ونظيره) اى نظير كلامهم فى باب البيع
 وانه لو باع النصف ، كان محتملا لكونه نصف نفسه ، و لكونه النصف
 المشاع بينه وبين شريكه (— فى ظهور المنافاة لما هنا —) اى باب

ما ذكره في باب الصلح ، من انه اذا اقر من بيده المال لاحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث ، فصالحه المقر له على ذلك النصف

الصداق الذي قالوا بانه لو وهبت للزوج نصف المهر كان الموهوب نصفها الخاص به لا النصف المشاع بينها وبين الزوج (ما ذكره في باب الصلح) حيث انهم ذكروه كباب البيع ، فهو مناف لما ذكره في باب الصداق (من انه اذا اقر من بيده المال لاحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث) كما لو كان بيد زيد دينار ، وادعى كل من عمرو و خالد كون نصف الدينار له ، وبين كل واحد منهما ان السبب لكون النصف له شركته مع المدعى الآخر في سبب جامع بينهما ، كما لو قالا : انا ورثناه من ابينا ، فاذا اقر زيد الذي بيده الدينار لخالد - مثلاً - بما يدعيه من كون النصف له ، فانه حينئذ تنقسم الدار الى ثلاثة اقسام .

١- نصفها ، وهو لمن في يده ، لظاهر اليد .

٢- وربعها لخالد المقر له .

٣- وربعها الآخر ، لعمرو ، وذلك لان مقتضى اعتراف خالد بشركته في الدار مع عمرو ، ان كل جزء من الدار فهو مشترك بينهما ، و قوله : بسبب ، متعلق ب : المدعين ، (فصالحه) اي صالح مع المقر له كخالد ، في المثال (المقر له) كزيد ، في المثال (على ذلك النصف) المقر به ، فان زيدا اقر لخالد بان له نصف الدار ، كما يدعى

كان النصف مشاعا في نصيبهما ، فان اجاز شريكه ، نفذ في المجموع ، والا نفذ في الربع ، فان مقتضى ما ذكره هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له ، لانه ان اوقع الصلح على نصفه الذي اقر له به فهو ، كمالو صالح نصفه قبل الاقرار ،

(كان النصف) المقر به (مشاعا في نصيبهما) اي نصيب عمرو ، و خالد (فان اجاز) المصالحة (شريكه) كعمرو ، في المثال (نفذ) الصلح (في المجموع) لان هذا النصف لهما ، وقد صالحاه ، احدهما لفظا ، و الآخر اجازة (والا) يجوز شريكه اي لم يجوز عمرو الذي هو شريك خالد (نفذ) الصلح (في الربع) فقط ، لان الربع فقط مال خالد المصالح .
وانما قلنا : و نظيره في ظهور المناقاة ، (فان مقتضى ما ذكره هنا) في باب الصداق : من ان هبة المروثة للنصف ، معناها هبة النصف المستقر ، لا النصف المشاع بين المستقر و المترلز ، (اختصاص المصالح) اي زيد (بنصف المقر له) اي خالد (لانه) اي زيد - الذي بيده المال - (ان اوقع الصلح) مع خالد (على نصفه) اي النصف لخالد (الذي اقر) زيد (له) اي لخالد (به) اي بذلك النصف (فهو ، كمالو صالح نصفه) الذي يدعيه خالد (قبل الاقرار) فان خالد احسب ادعائه يملك النصف ، وزيد ، يسلم ان له النصف فاذا وقع الصلح بين الجانبين يلزم ان يكون الصلح على النصف الذي خالد يدعيه ، وزيد يقر له به ، فحاله كما لو لم يقر زيد بان لخالد النصف ، و ادعاه خالد ، ثم تصالحا لحسم النزاع ، حيث ان معنى الصلح ان يكون الصلح منصبا على النصف

مع غير المقر، او معه وان اوقعه على مطلق النصف المشاع ، انصرف

ايضا الى حصته ، فلاوجه لاشتراكه بينه وبين شريكه .

ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله اسرارهم اختصاصه بالمقر له .

وفصل في المسالك بين مالووقع الصلح

الذى لخالد - ادعاء ١ - سواء صالح خالد قبل اقرار زيد (مع غير المقر)

اي غير زيد (او معه) اي مع المقر (وان اوقعه) اي الصلح (على مطلق

النصف المشاع) - لانصفه الذى اقر له به - (انصرف) النصف (ايضا

الى حصته) اي حصة خالد فقط (فلاوجه لاشتراكه) اي فى ما بازاء الصلح

(بينه) اي بين خالد (وبين شريكه) عمرو ، فانهم كيف ذكروا فى باب

المهر ، انهالو وهبت تكون الهبة لنصفها المستقر ، ويقولون فى مسئلة

الصلح انه لو صالح لا يكون فى نصف المقر له - كخالد - بل يكون مشتركا

بين خالد - وعمرو ، مع العلم ان المسئلتين من واد واحد .

(ولذا) حيث ان قولهم فى باب الصلح مخالف لقولهم فى باب

الهبة للمهر - حيث جعلوا الهبة فى نصفها ، ولم يجعلوها فى باب

الصلح فى نفسه - (اختار سيد مشايخنا قدس الله اسرارهم اختصاصه)

اي الصلح (بالمقر له) اي خالد ، بدون الاختياج الى اجازة الشريك

لان زيد يعترف بان لخالد نصفها ، وخالد يصالح عن نصفه ، فمن

اين يدخل الشريك فى الوسط ؟ ليكون ان اجاز شارك خالد فى

بدل الصلح ، وان لم يجز يبطل الصلح الا فى الربع فقط .

(وفصل فى المسالك بين مالووقع الصلح) بين زيد ، وخالد

.....
 على نصفه لو مطلق النصف ، وبين ما اذا وقع على النصف الذى اقربه
 ذواليد ، فاختر مذهب المشهور فى الثالث ، لان الاقرار منزل على
 الاشاعة .

وحكم بالاختصاص فى الاولين ، لاختصاص النصف وضعافى الاول
 وانصرافافى الثانى الى النصف

(على نصفه) اى نصف المال الذى لخالد (او مطلق النصف) بان قال :
 صالحتك على نصف المال — بدون اضافة النصف الى خالد — (وبين
 ما اذا وقع) الصلح (على النصف الذى اقربه ذواليد) بان قال زيد :
 صالحتك على النصف الذى اقررت لك به (فاختر) المسالك (مذهب
 المشهور) من التشريك فى الصلح ، ان اجاز الشريك ، والابطال
 الصلح الا فى الربع (فى الثالث) اى ما وقع الصلح على النصف الذى
 اقربه ذواليد (لان الاقرار منزل على الاشاعة) اذ : النصف الذى اقر
 زيده لخالد ، صار مشاعا بينهما — حسب ادعاء نفس خالد ، انه
 شريك مع عمرو فى المال — .

(وحكم) المسالك (بالاختصاص) اى اختصاص الصلح بالمقرله
 — اى خالد — (فى الاولين) فيما وقع الصلح على نصفه ، او مطلق
 النصف (لاختصاص النصف) اى لفظ النصف (وضعافى الاول) اى ما
 صالحه : على نصفه ، فان النصف المضاف الى خالد ، وضعافى يكون لخالد
 لا المشترك بينه وبين عمرو (وانصرافافى الثانى) اى ما صالحه : على مطلق
 النصف ، فان المنصرف انه صالح عن نصفه المختص به (الى النصف

المختص .

واعترضه في مجمع الفائدة بان هذا ليس تفصيلا ، بل مورد كلام المشهور هو الثالث ، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقربه ، وتام الكلام في محله .

وعلى كل حال ، فلاشكال في ان لفظ النصف المقرب به اذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال او مقال ، يقتضى صرفه الى

المختص) بالمقر له - وهو خالد - .

(واعترضه) اى المسالك (في مجمع الفائدة بان هذا) الذى ذكره الشهيد (ليس تفصيلا) في مسألة الصلح (بل مورد كلام المشهور) الذين قالوا بالاشتراك (هو الثالث) اى ما وقع الصلح على النصف المقرب به (لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرب به ، و تمام الكلام في محله) وانما كان الغرض من هذا الكلام وقوع التخالف بين كلامى المشهور - في الجملة - .

(وعلى كل حال) سواء حمل النصف للمبيع المتعلق به البيع ، على النصف المشاع بين النصيبين ، او حمل على النصف المختص بالبائع (فلاشكال في ان لفظ النصف المقرب به) اى الواقع في حيّز الاقرار (اذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع) بان كان هناك شريكا في نصفى الدار فقال احد هما نصف الدار لعمرو ، في حال كون الاقرار (مجردا عن حال او مقال يقتضى ذلك الحال او المقال (صرفه) اى صرف النصف الذى في كلام المقر (الى

نصفه يحمل على المشاع في نصيبه ، و نصيب شريكه .
 ولهذا افتوا ظاهرا على انه لو اقر احد الرجلين الشريكين الثابت
 يد كل منهما على نصف العين بان ثلث العين لفلان ، حمل على الثلث
 المشاع في النصيبين .
 فلو كذبه الشريك الآخر ، دفع المقر الى المقر له نصف مافي يده
 لان المنكر بزعم المقر ظالم للسدس ،

نصفه) اي النصف المربوط به (يحمل) لفظ النصف (على المشاع في
 نصيبه ، و نصيب شريكه) لاعلى نصف المالك المختص به .
 (ولهذا افتوا ظاهرا) اي كونهم افتوا حسب ما يستظهر من كلماتهم
 (على انه لو اقر احد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف
 العين) اقر (بان ثلث العين لفلان ، حمل) اقراره (على الثلث المشاع
 في النصيبين) لاثالث مال نفسه فقط .
 (فلو) صدقه المقر دفعا لثلث الى المقر له ولو (كذبه الشريك
 الآخر ، دفع المقر) كزيد الشريك لعمرو الذي اقر لبكر بالثلث من الجموع
 (الى المقر له) كبكر (نصف مافي يده) فاذا كان مجموع المال ستة دنانير
 يلزم على المقر ان يعطى للمقر له دينارا و نصفا — لا دينارا فقط —
 (لان المنكر) كعمرو — في المثال — (بزعم المقر) و هو زيد (ظالم
 للسدس) فان عمرو اتصرف في ثلاثة دنانير ، و له ديناران فقط — بزعم
 المقر — فالدينار الزائد عنده ليس لبكر فقط ، لفرض ان المال مشترك
 بين الثلاثة ، بل الدينار الزائد لعمرو : المقر ، و بكر : المقر له ، اذا

بتصرفه في النصف ، لانه با عتقاده انما يستحق الثلث ، فالسدس
 الفاضل في يد المنكر نسبتبه الى المقر والمقر له ، على حد سواء ، فانه
 قدر تالف من العين المشتركة فيوزع الاستحقاق .
 ودعوى : ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما
 فيكون في يد المقر سدس ، وفي يد المنكر سدس ،

فنصف دينار عمرو : المقر ، عند زيد : المنكر ، فلعمرو دينار ونصف مما
 في يده ، والد دينار والنصف الآخر انما هو للمقر له - اي بكر - فان
 المنكر ظالم للسدس (ب) سبب (تصرفه في النصف) اي ثلاثة دنانير ، و
 الحال ان له دينارين (لانه) اي المنكر (با عتقاده) اي با عتقاد المقر
 (انما يستحق الثلث) فقط اي دينارين (فالسدس الفاضل في يد المنكر)
 وهو الدينار الثالث (نسبتبه الى المقر والمقر له ، على حد سواء) و
 يكون لكل من المقر والمقر له نصف دينار عند المنكر (فانه) اي الدينار
 الثالث (قدر تالف من العين المشتركة) بين المقر والمقر له (فيوزع)
 بينهما على قدر (الاستحقاق) واذ كان استحقاق المقر والمقر له
 متساويا يكون التالف من كل منهما نصف دينار .

(ودعوى : ان مقتضى الاشاعة) اي اشاعة ستة دنانير
 الموجودة في يدي المقر والمنكر ، بين المقر ، والمنكر ، والمقر له
 (تنزيل المقر به) اي الثلث الذي اقر به المقر ، لبكر - مثلا - (على ما
 في يد كل منهما) اي من المقر والمنكر (فيكون في يد المقر سدس) اي
 دينار (وفي يد المنكر سدس) فاللازم ان يعطى المقر للمقر له دينارا

كما لو صرح بذلك .

وقال : ان له في يد كل منهما سدسا .

واقاراه بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع ، فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما في يده ، وهو السدس المقربة وقد تلف السدس الآخر — بزعم المقر — على المقر له ، بتكذيب المنكر ، مدفوعة .

لا دينارا ونصفا (كما لو صرح) المقر (بذلك) .

(و) ذلك بان (قال : ان له) اي المقر له (في يد كل منهما) اي المقر والمنكر (سدسا) كما لو قال لبكر في يدي ، ويد شريكي ديناران ، دينار في يدي ، ودينار في يد شريكي .

(و) حيث ان (اقاراه بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع ، فلا يجب (على المقر) الا ان يدفع اليه) اي الى المقر له (ثلث ما في يده) اي الدينار الواحد (وهو السدس) من مجموع الستة (المقربة) اي بذلك السدس ، لانه اقرب بان في ماله سدسا لعمره (وقد تلف السدس الآخر) للمقر له (— بزعم المقر —) متعلق بتلف ، (على المقر له ، ب) سبب (تكذيب المنكر) .

هذه الدعوى (مدفوعة) بالفرق في الاقرار بين الاشاعة والتميز فلو كان هناك ثلاثة دنانير ، غير مشاعة في يد زيد ، وثلاثة دنانير غير مشاعة في يد عمرو ، ثم اقر زيد بان لبكر دينار في مالي ، ودينارا في مال عمرو ، كان اللازم اعطاء زيد لبكر دينارا فقط .

بخلاف ما لو كان المال مشاعا ابتداء ، ثم قسمه المقر والمنكر ، ثم

بان مافى يد الغير ليس عين ماله فيكون كمالو اقر شخص بنصف كل من داره ، و دار غيره ، و هو مقدار حصته المشاعة كحصة المقر و حصة المقر له ، - بزعم المقر - الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شئ مما فى يده ، فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر ، و المقر له .

فلا معنى لحسابه على المقر له

ادعى المقر ان بكرا ايضا شريك له مافى الثلث ، لانهما ثلاثة اخوة ، مات ابوهم ، و خلف ستة دنانير - مثلا - .

و الحاصل : ان الدعوى المذكورة مدفوعة (بان مافى يد الغير) اى عمرو - المنكر - (ليس عين ماله) اى عين مال عمرو - اى مالا غير مشترك - (فيكون) حال الاقرار - اى حتى يكون - (كمالو اقر شخص بنصف كل من داره ، و دار غيره) اقرارا لبكر - مثلا - اى ليس الامر اقرارا فى امرين متمايزين (او هو) اى مافى يد الغير - المنكر - انما هو (مقدار حصته) اى حصة الغير (المشاعة) بين الثلاثة ، حسب اقرار المقر (كحصة المقر) التى هى ايضا مشاعة (و) ك (حصة المقر له) التى هى ايضا مشاعة (- بزعم المقر -) ان له حصة (الا انه لما لم يجبر المكذب) اى المنكر الذى كذب المقر (على دفع شئ مما فى يده) لانه لم يقر بالشريك الثالث (فقد تلف) - بسبب ظلم المنكر - (سدس مشاع) ف (يوزع) التالف - و هو دينار فى المثال - (على المقر ، و المقر له) فيكون الذاهب من كل منهما نصف دينار .

(فلا معنى لحسابه) اى حساب الدينار التالف (على المقر له) كبكر

وحده ، الا على احتمال ضعيف و هو تعلق الغصب بالمشاع .
 وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك فيتمحض ما يأخذه الغاصب
 منه ، وما يأخذه الشريك لنفسه .
 لكنه احتمال مضعف في محله وان قال به او مال اليه بعض — على ما
 حكى —

— في المثال — (وحده ، الا على احتمال ضعيف) في باب الغصب (وهو
 تعلق الغصب بالمشاع) .
 كما لو كان هناك شريكان في دار مشاعة بينهما ، ثم غصب الغاصب
 حصة احدهما ، بان اخرجه من الدار واستقل هو والشريك الآخر
 بالتصرف في الدار ، فقد غصب الغاصب نصف دار مشاع .
 (وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك) بان افرز نصف الدار لنفسه
 واعطى النصف الآخر للشريك (فيتمحض ما يأخذه الغاصب) من نصف
 الدار (للمغصوب منه ، وما يأخذه الشريك لنفسه) فانه لو قلنا به —
 لا لقول الضعيف في باب الغصب ، نقول بمثله في باب الاقرار ، وان اقرار
 زيد لبكر بالثلث انما يوجب على المقران يد فع الى بكر دينا فقط لا دينا را
 ونصفا .

(لكنه احتمال مضعف في محله) اذ : التقسيم الذي لا يقربه الشريك
 لا يوجب الافراز ، فلا يختص ما في يد الغاصب للمغصوب منه ، ولا ما في يد
 الشريك لنفسه ، بل تكون الدار بعد افراز الشريك والغاصب ، على اشاعتها
 السابقة (وان قال به) اي بهذا الاحتمال (او مال اليه بعض — على ما حكى —) عنه

للحرج او السيرة .

نعم يمكن ان يقال : بان التلف فى هذا المقام حاصل باذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له با عتقاد المقر ، والشارع انما اذن له فى اخذ ما يأخذه على انه من مال المقر له ، فالشارع انما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له ، فلا يحسب منه على المقر شئ .

(للحرج) على الشريك ، اذبقى المال مشاعا (او السيرة) فى ان الشريك اذا اخذ ماله ، كان ذلك افرازا ، وان لم يحضره الشريك الآخر .
(نعم يمكن ان يقال) فى وجه كون تكليف المقر اعطاء دينار فقط للمقر له ، لا دينارا ونصفا (بان التلف) لدينار بكر : المقر له ، (فى هذا المقام حاصل باذن الشارع للمنكر الغاصب) واقعا (لحق المقر له) - اى بكر - (باعتقاد المقر) متعلق ب : الغاصب ، لان المقر يعتقد ان عمروا غاصب ، اما عمرو بنفسه فلا يعتقد ذلك .

ولذا كان الشارع اذن له فى ان لا يدفع الى بكر دينارا ، حيث ان الشارع اذن لمن لا يعلم ان فى ماله حقا للغير ، ولم يقم على ذلك دليل ، اذن بان يمتنع عن اداء شئ الى المدعى ، بل يحفظ المال لنفسه ، واذن الشارع انما كان بالنسبة الى دينار - بكر - (والشارع انما اذن له) اى للمنكر (فى اخذ ما يأخذه) اى الدينار الزائد (على انه من مال المقر له) اى بكر - فى المثال - (فالشارع انما حسب السدس) وهو الدينار الموجود (فى يد المنكر على المقر له) اى خالدا فى المثال (فلا يحسب منه) اى من السدس (على المقر) كريد (شئ) وعليه فليس

وليس هذا كإخذ الغاصب جزءاً معيناً من المال عدواناً ، بدون
 إذن الشارع ، حتى يحسب على كلا الشريكين .
 والحاصل أن أخذ الجزء كان بإذن الشارع ، وإنما إذن له على
 أن يكون من مال المقر له .
 ولعله لذا

الدينار الموجود في يد المنكر نصفه للمقر : الثلاث دنانير ، نصفه حتى
 يبقى للمقر دينار ونصف فقط .

(وليس هذا) الإقرار (كأخذ الغاصب جزءاً معيناً من المال عدواناً ،
 بدون إذن الشارع) .

كما لو فرضنا أنه كان لزيد وبكر شريكين في أربعة دنانير ، فأخذ
 الغاصب ديناراً من المال ، فإنه يكون ذاهباً عنهما ، حتى أن الباقي
 يقسم بينهما لكل منهما دينار ونصف دينار .

إذن : ليس مقام الإقرار هكذا (حتى يحسب) الدينار الموجود عند
 المنكر (على كلا الشريكين) المقر والمقر له .

(والحاصل أن أخذ) المنكر (الجزء) وهو الدينار — في المثال —
 (كان بإذن الشارع ، وإنما إذن له على أن يكون من مال المقر له) أن
 كان حقه ثابتاً واقعاً ، إذا فما لواجب على المقر أن يدفع إلى المقر له ،
 أي ديناراً فقط .

(ولعله لذا) الذي ذكرنا من وجه عدم اشتراك المقر والمقر له ،
 في ما بيد المقر ، بل يكون الزائد بيد المقر ، للمقر له — أي دينار واحد

ذكر الاكثريل نسبه في الايضاح الى الاصحاب - في مسئلة الاقرار بالنسب - ان احدا الاخوين اذا اقرب ثالث ، دفع اليه الزائد عما يستحقه باعتقاده وهو الثلث ولا يدفع اليه نصف ما في يده نظرا الى انه اقربتساويهما في مال المورث ، فكلما حصل ، كان لهما ، وكلما فات كان كذلك ، هذا . ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال ، من جهة : ان الشارع الزم - بمقتضى الاقرار - معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي اقرب به .

فقط ، في المثال - (ذكر الاكثر) اي ذكروا ان الزائد : فقط ، للمقر له (بل نسبه في الايضاح الى الاصحاب - في مسئلة الاقرار بالنسب -) في باب الارث (ان احدا الاخوين اذا اقرب ثالث ، دفع اليه) اي دفع المقر الى الثالث (الزائد عما يستحقه) المقر (باعتقاده) ان لهما اخا ثالثا (وهو) اي الزائد (الثلث) عما في يده (ولا يدفع) المقر (اليه) اي الى الثالث (نصف ما في يده) .

وجه احتمال ان يدفع اليه نصف ما في يده ، هو ما بينه بقوله : (نظرا الى انه) اي المقر (اقربتساويهما) اي المقر والمقر له (في مال المورث فكلما حصل) من المال (كان لهما ، وكلما فات كان كذلك) لهما (هذا) . وجه ان يكون الزائد لما في يد المقر للمقر له ، لا التناصف .

(ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال) اي احتمال ان يكون للمقر له الزائد فحسب ، لا التناصف (من جهة : ان الشارع الزم - بمقتضى الاقرار - معاملة المقر) كلمة : معاملة ، مفعول : الزم ، (مع المقر له بما يقتضيه الواقع) كلمة : بما ، متعلق ب : معاملة ، (الذي اقرب) المقر (به) اي بذلك

ومن المعلوم : ان مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر، هو كون مافى يده — على حسب اقراره — بالمناصفة .
واما المنكر عالما ، فيكون مافى يده مالا مشتركا لا يحل له منه الا ما قابل حصته عما فى يد هما والزائد حق لهما عليه .
واما مسألة الاقرار بالنسب فالمشهور ، و ان صار والى ما ذكر وحكاه الكلينى عن

الواقع .

(ومن المعلوم : ان مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر، هو كون مافى يده) اى يد المقر (— على حسب اقراره — بالمناصفة) « على حسب » متعلق ب : بالمناصفة .
ثم : ان المناصفة انما هى فى مثال الشريكين والاقرار بثالث ، وفى مثال ثلاث شركاء والاقرار برابع ، يكون بما يقتضيه ، وهكذا كما لا يخفى .
(واما المنكر) فى حالكونه (عالما ، فيكون مافى يده مالا مشتركا لا يحل له) اى للمنكر (منه) اى من هذا المال المشترك (الا ما قابل حصته عما فى يد هما) اى يد المقر والمنكر ، ومقابل حصته فى المثال ديناران فقط (والزائد) وهو الدينار الثالث (حق لهما) للمقر والمقر له (عليه) اى على المنكر ، هذا هو مقتضى القاعدة .

(واما مسألة الاقرار بالنسب) التى ذكروها بان المقر انما يدفع الزائد فقط — الذى هو على خلاف ما ذكرناه فى باب اقرار احد الشريكين — (فالمشهور ، وان صار والى ما ذكر) من اعطاء الزائد فقط (وحكاه الكلينى عن

الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد ، بل ظاهره جعل فتواه ، كروايته
الا انه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقا عدة ، حتى قوى فى
المسالك الحمل على الاشاعة ، وتبعه سبطه ، وسيد الرياض فى شرحى
النافع ، والظاهر : ان مستند المشهور ، بعض الروايات الضعيفة
المنجبر بعمل اصحاب الحديث ، كالفضل ، والكلىنى ، بل وغيرهما ، و
روى الصدوق مرسلا ، والشيخ مسندا ، عن ابي البختري وهب بن
وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه

الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد) عليه (بل ظاهره) اى الكلىنى
(جعل فتواه ، كروايته) الدالة على اعطاء الزائد فقط ، فان الرواية
ذكرت ان اثنين من الورثة لو اعترفا بوارث آخر ، فان كانا عدلين ، اجيز
ذلك على الورثة الزما ذلك فى حصتهما (الا انه صرح جماعة ممن تأخر
عنهم) اى عن المشهور بين المتقدمين (بمخالفته) اى كلام المشهور فى
باب الاقرار بالنسب (للقا عدة ، حتى قوى فى المسالك الحمل على
الاشاعة) بان يكون المقر والمقر له ، سواء فى المال ، لان يكون الزائد
فقط للمقر له (وتبعه سبطه ، وسيد الرياض فى شرحى النافع ، والظاهر
ان مستند المشهور) ليس للقا عدة ، وانما هو (بعض الروايات الضعيفة
المنجبر بعمل اصحاب الحديث ، كالفضل) بن شاذان (والكلىنى ، بل
وغيرهما ، ف) قد (روى الصدوق مرسلا ، والشيخ مسندا ، عن ابي
البختري) - معرب بهتر - (وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن
ابيه عليهما السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه

السلام في رجل مات ، وترك ورثة ، فافر احد الورثة بدين على ابيه ، انه يلزم ذلك في حصته بقدر ماورث ، ولا يكون ذلك في ماله كله ، وان اقر اثنان من الورثة وكانا عدلين ، اجيز ذلك على الورثة ، وان لم يكونا عدلين ، الزما في حصتهما ، بقدر ماورثا .

السلام في رجل مات ، وترك ورثة ، فافر احد الورثة بدين على ابيه (قال عليه السلام : (انه يلزم ذلك) الدين (في حصته) اى حصة المقر (بقدر ماورث ، ولا يكون ذلك) الدين (في ماله) اى مال الميت ، او مال المقر (كله) .

فلو كان المراد : مال الميت ، فعدم كونه ظاهر ، لان اقرار احد الورثة لا يسبب الزاما على سائر الورثة .

ولو كان المراد : مال المقر ، فلان المقر انما يعطى بعض ماله - اما الزائد ، كالدینار - في المثال السابق - او الدينار والنصف ، حسب الاختلاف - (وان اقر اثنان من الورثة وكانا عدلين ، اجيز ذلك على الورثة) كلهم لقيام البيئة بذلك (وان لم يكونا عدلين ، الزما في حصتهما) فقط ، (بقدر ماورثا) لكن لا يخفى : ان الروايات المذكورة والآية مجملة ، لاتدل على فتوى المشهور ، ولا فتوى الشيخ ، لان : الزما في حصتهما ، هل معناه : انهما يعطيان الزائد كما يقول المشهور ؟ او بالثسبة كما يقول الشيخ ، وكذلك في الفقرة السابقة اى قوله : بقدر ما ورث الا ان يكون فهم المشهور مؤيدا ، والمشهور بينهم ان فهم المشهور ليس بحجة .

وكذلك ان اقر احد الورثة باخ او اخت فانما يلزمه ذلك فى حصته و
بالاسناد قال قال علي عليه السلام : من اقر لاخته ، فهو شريك فى المال
ولا يثبت نسبه ،

فان اقر اثنان فكذلك الا ان يكونا عدلين ، فيثبت نسبه و يضرب فى
الميراث معهم .

وعن قرب الاسناد رواية الخبرين عن السندى بن محمد ، و تمام
الكلام فى محله من كتاب الاقرار و الميراث انشاء الله تعالى .

(و كذلك ان اقر احد الورثة باخ او اخت) او غيرهما من يرث ، واحدا
او اكثر (فانما يلزمه ذلك) اقرار (فى حصته و بالاسناد) المتقدم ايضا
(قال يقال على عليه السلام : من اقر لاخته ، فهو) اى الاخ (شريك فى
المال) الذى حازه اخوه (ولا يثبت نسبه) لان الاقرار انما يثبت ما على المقر لاسائر الامور
(فان اقر اثنان فكذلك) ثبت المال ، و لم يثبت النسب (الا ان يكونا)
المقران (عدلين ، فيثبت نسبه و يضرب) - بالمجهول - اى المقر له (فى
الميراث معهم) لقيام البينة بذلك .

(وعن قرب الاسناد رواية الخبرين عن السندى بن محمد ، و تمام
الكلام فى محله من كتاب الاقرار و الميراث انشاء الله تعالى) وقد ذكر
طرفا من الكلام ، الجواهر فمن اراد التفصيل ، فليرجع اليه .

مسئلة

لو باع ما يقبل التملك ، و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير
صفقة بثمان واحد ، صح فى المملوك عندنا - كفاى جامع المقاصد - و
اجماعا - كما عن الغنية - و يدل عليه اطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة .
و دعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة

(مسئلة - لو باع ما يقبل التملك ، و ما لا يقبله) مثال ما لا يقبله (كالخمر
و الخنزير) مثلا : باع الخل و الخمر ، و الشاة و الخنزير (صفقة) واحدة ،
اى فى معاملة واحدة (بثمان واحد) لان يقول الخمر بعشرة ، و الخل
بعشرين ، بل قال : بعتهما بثلاثين (صح) البيع (فى المملوك عندنا -)
هذ الفظ يشبه الاجماع (كفاى جامع المقاصد - و اجماعا - كما عن الغنية
- و يدل عليه) اى على انه يصح البيع فى المملوك (اطلاق مكاتبة الصفار
المتقدمة) و فيها قوله عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس يملك ، و قد
وجب الشراء على ما يملك ، اذ قوله : ليس يملك ، شامل لما ليس
بمملوك للبائع ، سواء كان من جهة انه لا يقبل الملك كالوقف ، او من
جهة انه ملك للغير .

(و دعوى انصرافه) اى قوله : ما ليس يملك ، (الى صورة كون
بعض القرية المذكورة فيها) اى فى المكاتبة (مال الغير) فالمراد : ما
ليس بمملوك للبائع ، لا ما لا يقبل الملك اصلا (ممنوعة) اذ : لا وجه
لدعوى الانصراف المذكور بعد تعارف الوقف

بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة ، بل اللزوم فى العقود ، عدا ما يقال : من ان التراضى والتعاقد ، انما وقع على المجموع الذى لم يعضه الشارع قطعا ، فالحكم بالامضاء فى البعض - مع عدم كونه مقصودا الا فى ضمن المركب - يحتاج الى دليل آخر ، غير ما دل على حكم العقود ، والشروط ، والتجارة عن تراض .

ولذا حكموا بفساد العقد ، بفساد شرطه .

(بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة ، بل) قاعدة (اللزوم فى العقود) بالنسبة الى ما هو ملوك للبائع ، فيشملة : اوفوا بالعقود (عدا ما يقال : من ان التراضى والتعاقد ، انما وقع على المجموع الذى لم يعضه الشارع قطعا) لان المجموع بما فيه الخمر ، لا يصح الشارع عقده (فالحكم بالامضاء فى البعض) اى امضاء الشارع للبعض القابل للملك (- مع عدم كونه) اى البعض المملوك (مقصودا الا فى ضمن المركب - يحتاج الى دليل آخر ، غير ما دل على حكم العقود ، والشروط ، والتجارة عن تراض) اى : اوفوا بالعقود ، و : المؤمنون عند شروطهم ، والا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

(ولذا) الذى ذكرنا ، من انه لا تكفى الادلة المتقدمة لتصحيح العقد الذى لم يصح بعضه (حكموا بفساد العقد ، ب) سبب (فساد شرطه) فاذا كان المشروط فاسدا ، كان الجزء ايضا فاسدا اذا فسد الجزء الآخر لان الشرط والجزء من قبيل واحد .

وقد نبه عليه في جامع المقاصد ، في باب فساد الشرط ، وذكر ان
في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسرا ، و تمام الكلام في باب الشروط
و يكفي هنا الفرق بالنص والاجماع .

نعم : ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري ، لما ذكره في المسالك
— و فاقا للمحكى في التذكرة عن الشافعي — من جهة افضائه الى الجهل
بشمن المبيع ، قال في

(وقد نبه عليه) اي على لزوم بطلان البيع ببطلان جزئه كما نقول
ببطلانه ، بطلان شرطه (في جامع المقاصد ، في باب فساد الشرط ، و
ذكر ان في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسرا) فاللزام ، اما ان نقول
بايجابهما الفساد ، او عدم ايجابهما الفساد (و تمام الكلام في باب
الشروط) و انه هل الشرط الفاسد يوجب فساد المشروط ، ام لا ؟ (و
يكفي هنا) في باب الجزء الفاسد (الفرق بالنص والاجماع) على صحة
العقد ، حتى مع فساد الجزء ، و كفى بهما فارقا .

(نعم : ربما يقيد الحكم) بصحة العقد بالنسبة الى الجزء ، فيما اذا كان
الجزء الآخر لا يملك (بصورة جهل المشتري) بان احد الجزئين لا يملك
(لما ذكره في المسالك — و فاقا للمحكى في التذكرة عن الشافعي —)
حيث خصص الصحة بصورة جهل المشتري (من جهة افضائه) اي العلم
بكون احد الجزئين لا يملك (الى الجهل بشمن المبيع) لانه حينما اشترى
الخل والخمر بثلاثين ، لا يعلم كم مقدار ثمن الخل .

و من المعلوم : ان الجهل باحد العوضين موجب للفساد (قال في

.....

التذكرة بعد ذلك ، وليس عندى بعيد امن الصواب الحكم بالبطلان ،
 فيما اذا علم المشتري حرمة الآخر او كونه مما لا ينقل اليه ، انتهى .

ويمكن دفعه : بان اللازم ، هو العلم بثمن المجموع الذى قصد
 الى نقله عرفا ، وان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له ، فان هذا
 العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة .

فبيع الغرر المتعلق لنهى الشارع ، وحكمه عليه بالفساد هو ما كان
 غررا فى نفسه ، مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع

التذكرة بعد ذلك) اى بعد ان نقل عن الشافعى الحكم بالصحة فى
 صورة الجهل فقط (وليس عندى بعيد امن الصواب الحكم بالبطلان ،
 فيما اذا علم المشتري حرمة الآخر) كعبد وحر (او كونه مما لا ينقل اليه)
 كالخمر والخل (انتهى) كلام العلامة .

(ويمكن دفعه) اى دفع الاشكال الوارد فى صورة علم المشتري بان
 اللازم ، هو العلم بثمن المجموع الذى قصد الى نقله) نقلا (عرفا ، وان
 علم الناقل بعدم امضاء الشارع له) اى لهذا النقل (فان هذا العلم)
 بعدم امضاء الشارع (غير مناف لقصد النقل) او البيع (حقيقة) اذ :
 القصد لا ينافى تحريم الشارع .

(فبيع الغرر المتعلق لنهى الشارع ، و) ل (حكمه عليه) اى على
 بيع الغرر (بالفساد) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : نهى النبى عن
 بيع الغرر ، وفى حديث آخر : نهى النبى عن الغرر (هو ما كان غررا
 فى نفسه ، مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع) اذ : الموضوع

مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك ، لا البطلان لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن — مع علمه بعدم سلامة البعض له — قادم على ضمان المملوك وحده ، بالثمن ، كما صرح به الشهيد فى محكى الخواشى المنسوبة اليه ، حيث قال : ان هذا الحكم مقيد ، بجهل المشتري بعين المبيع ، والالكان البدل بازاء المملوك .

يجب ان يتصور حقيقة قائمة فى عالم الاعتبار ، ثم يحكم عليه بانه جائز او ممنوع شرعا .

و من المعلوم : ان بيع الخل و الخمر بقيمة كذا ، لا يكون غررا عرفا فلا يشمل نهى الشارع (مع انه لو تم ما ذكر) من انه فى صورة علم المشتري جهل بثمن المبيع لانه لا يعلم مقدار ثمن المملوك (لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك ، لا البطلان) للمبيع (لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن) اى يعطى الثمن فى مقابل المجموع (— مع علمه) اى المشتري (بعدم سلامة البعض له —) لانه مما لا يملك (قادم) فى الحقيقة (على ضمان المملوك وحده ، ب) تمام (الثمن ، كما صرح به) اى بلزوم صرف مجموع الثمن للمملوك فقط (الشهيد فى محكى الخواشى المنسوبة اليه ، حيث قال : ان هذا الحكم) بصحة بيع المملوك وغير المملوك (مقيد ، ب) صورة (جهل المشتري بعين المبيع) انها خمر ، و حكمه بانها لا تملك (والا) فلو علم المشتري العين و الحكم (لكان البدل) الذى يدفعه المشتري (بازاء المملوك) فقط .

.....
 ضرورة ان القصد الى الممتنع كلاقصد ، انتهى .

لكن ما ذكره ره مخالف لظاهر المشهور ، حيث حكموا بالتقسيط وان كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن الى البائع ، لانه سلطه عليه مجاناً ، فان مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك .

(ضرورة ان القصد) من المشتري (الى الممتنع) اذ : يمتنع شرعاً بدل المحرم (كلاقصد) فلم يقصد المشتري الا ان يشتري الخل - وحده بثلاثين في المثال السابق - (انتهى) كلام الشهيد .

(لكن ما ذكره ره مخالف لظاهر المشهور ، حيث حكموا بالتقسيط)
 للثمن على المملوك فيأخذه البائع وغير المملوك ، فيبقى على ملك المشتري (وان كان) ما ذكره الشهيد من : كون جميع الثمن بازاء المملوك فقط (مناسباً لما ذكره) العلماء (في بيع مال الغير من العالم) بانه مال الغير (من عدم رجوعه) اي المشتري (بالثمن الى البائع ، لانه) اي المشتري (سلطه) اي البائع (عليه) اي الثمن (مجاناً) وبلا عوض ، لانه قدم له الثمن ، وهو يعلم ان لا بدل للثمن ، اذ بدله مال الغير ، وهو لم يبعه (فان مقتضى ذلك) الذي ذكره في باب بيع مال الغير ، و ان المشتري العالم لا يرجع الى البائع (عدم رجوع المشتري) العالم ، الى البائع (بقسط غير المملوك) كعشرة دراهم الواقعة بازاء الخمر - في المثال السابق - .

.....
 اما لوقوع المجموع فى مقابل المملوك — كما عرفت من الحواشى — .
 واما لبقاء ذلك القسط له مجانا ، كما قد يلوح من جامع المقاصد ، و
 المسالك ، الا انك قد عرفت ان الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد .
 ثم : ان طريق تقسيط الثمن على المملوك ، وغيره ، يعرف مما تقدم
 فى بيع ماله مع مال الغير ، من : ان العبرة بتقويم كل منهما منفردا ، و
 نسبة قيمة المملوك الى مجموع القيميين ،

(اما لوقوع المجموع) اى مجموع الثمن (فى مقابل المملوك — كما
 عرفت من الحواشى —) للشهيد .

(واما لبقاء ذلك القسط) من الثمن (له) اى للبائع (مجانا) بدون
 عوض (كما قد يلوح) اى يظهر (من جامع المقاصد ، و المسالك) و قد
 تقدم الاشارة الى ذلك (الا انك قد عرفت ان الحكم هناك) فى بيع مال
 الغير من المشتري العالم (لا يكاد ينطبق على القواعد) و ان مقتضى
 القاعدة : ان يبقى المال فى ملك المشتري ، كيف كان .

(ثم : ان طريق تقسيط الثمن على المملوك ، وغيره) فيما اذا باع ما
 يملك ، و ما لا يملك (يعرف مما تقدم فى بيع ماله مع مال الغير ، من : ان
 العبرة بتقويم كل منهما منفردا ، و نسبة قيمة المملوك الى مجموع
 القيميين) فمثلا : اشترى الخمر و الخل بثلاثين دينارا و قد قوم الخمر
 — عند اربابها — فكانت بعشرين ، و قوم الخل فكان باربعين ،
 فللخل ثلثى القيمة — اى عشرون —
 الثلاثين — .

.....

لكن الكلام هنا فى طريق معرفة قيمة غير المملوك ، وقد ذكروا ان الحر يفرض عبدا بصفاته ، و يقوم ، و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراهما مالا .

ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك ، لكونهما مسبوقين بالكفر ، او مجاورين للكفار .

و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتيهما اذا باع الخنزير بعنوان انه شاة ، و الخمر بعنوان انها خل فبان

(لكن الكلام هنا) فى باب ما يملك ، و ما لا يملك (فى طريق معرفة قيمة) الجزء (غير المملوك) كالحر ، و الخمر ، و ما شبهه (وقد ذكروا ان الحر يفرض عبدا بصفاته ، و يقوم) فيقال : ان الحروق فى مقابل كذا من الثمن (و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتيهما) الكائنة تلك القيمة (عند من يراهما مالا) .

(و) ان قلت : لا يعتمد على قول شاربى الخمر و آكلى لحم الخنزير . قلت : (يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك) و ان قيمة الخمر كذا ، و قيمة الخنزير كذا (لكونهما) اى العدلين (مسبوقين بالكفر ، او مجاورين للكفار) او من سائر طرق الاطلاع .

(و يشكل) اطلاق القول بهذا النحو من التقويم ، فان هذا النحو من التقويم انما يصح ، اذا باع و اشترى بعنوان الخمر و الخنزير . اما تقويم الخمر و الخنزير بقيمتيهما اذا باع الخنزير بعنوان انه شاة ، و الخمر بعنوان انها خل (فهو غير صحيح) (ف) انه اذا (بان

.....
الخلاف بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل و الشاة •

الخلاف) كان اللازم نوع آخر من التقويم (بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل و الشاة) كالحرا الذي يقوم بقيمة الحرا اذا باعه بعنوان انه حرّ ، فانه لا يقوم بقيمة العبد ، لاختلاف الرغبات والقيم بين الحر والعبد ، كما ان اللازم تقويم غير المملوك بالعنوان الذي يبيع بذلك العنوان •

كما لو باع الخمر بعنوان انه عصير الليمون مثلا ، وهكذا ، وقول الشيخ ره وغيره بملاحظة قيمة الخل من باب المثال ، كما لا يخفى •

مسئلة

- يجوز للاب والجدان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع والشراء •
 - ويدل عليه - قبل الاجماع - الاخبار المستفيضة المصرحة فى موارد كثيرة •
 - وفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح •
 - والمشهور عدم اعتبار العدالة للاصل •
-

(مسألة) فى اولياء العقد وهم الاب والجد ، والحاكم ومن كان من قبلهم ، كما هو المشهور دون سواهم (يجوز للاب والجدان يتصرفا فى مال الطفل) ذكرنا كان ، اوانثى (بالبيع والشراء) وسائر المعاملات • (ويدل عليه - قبل الاجماع - الاخبار المستفيضة المصرحة بالجواز فى موارد كثيرة) مما ذكرها الوسائل ، والجواهر ، وغيرها ، فراجع • (وفحوى سلطنتهما) اى الاب والجد (على بضع البنت فى باب النكاح) فاذا كان للاب والجد الولاية فى نكاح البنت ، كانت لهما الولاية فى اموال البنت و اموال الولد بطريق اولى ، لان البضع اهم ، عقلا و عرفا و شرعا من المال ، وليس هذا قياسا ، بل اولوية ومناطا • (والمشهور) بين الفقهاء (عدم اعتبار العدالة) فيهما لصحة تصرفهما (للاصل) فانا نعلم : ان الشارع اعطى الولاية للاب والجد ولا نعلم هل انه قيدها بالعدالة ، ام لا ؟ الاصل عدم •

والاطلاقات .

وفحوى الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج خلافا للمحكى عن الوسيلة والايضاح ، فاعتبراها فيهما ، مستدلا - فى الاخير - بانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ، ولا يصرف عن ماله ، ويستحيل من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره ، مع نص القرآن على خلافه ، انتهى .

ولعله اراد بنص القرآن : آية الركون الى الظالم ، التى اشار اليها فى جامع المقاصد

(و) ل (الاطلاقات) الواردة فى ولايتهما بدون تقييد بالعدالة .

(وفحوى الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية) الاب والجد (الفاسق فى التزويج) فاذا ثبت ولاية الفاسق فى الهم الذى هو التزويج ثبت فى غير الهم الذى هو البيع (خلافا للمحكى عن الوسيلة والايضاح فاعتبراها) اى العدالة (فيهما) اى فى الاب والجد (مستدلا) لاعتبار العدالة (- فى الاخير -) اى الايضاح (بانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه) اذى (ولا يصرف عن ماله) ضررا (ويستحيل من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته) عن غيره ، فيقر على مال الطفل اذا ادعاه مدع (و اخباراته عن غيره) فيخبر بان المال ليس للطفل ، او ما اشبه (مع نص القرآن على خلافه ، انتهى) فقد قال سبحانه : ان جائفك فاسق نبأ فتبينوا .

(ولعله اراد بنص القرآن : آية الركون الى الظالم ، التى اشار اليها فى جامع المقاصد) وهى قوله تعالى : ولا تركنوا الى الذين ظلموا ،

وفى دلالة الآية نظراً

واضعف منها ما ذكره فى الايضاح من الاستحالة ، اذ المحذور
يندفع - كما فى جامع المقاصد - بان الحاكم متى ظهر عنده بقرائن
الاحوال اختلاف حال ابو الطفل عزله ، ومنعه ، من التصرف فى ماله ، و
اثبات اليد عليه ، وان لم يظهر خلافه ، فولايته ثابتة ، وان لم يعلم استعلم

فكيف يركن الى الفاسق الذى هو ظالم فى امور الطفل ؟

(وفى دلالة الآية نظراً) اذ : لعل ظاهر الركون ، تولى الظالم
جميع الامور ، كجعله حاكماً ، وما اشبه ، لا مثل ايكال مال الطفل اليه
او من جهة ان صدق الظالم على كل فاسق خلاف المنصرف من الظالم .
(و اضعف منها) اى من دلالة الآية ، الدليل العقلى المتقدم ، اى
(ما ذكره فى الايضاح من الاستحالة) التى سبق بيانها (اذ المحذور)
الذى ذكره الايضاح (يندفع - كما فى جامع المقاصد - بان الحاكم متى
ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلاف حال ابو الطفل) اوجده ، اختلافاً
يدل على عدم كفايته وعدم عمله بما هو المكلف به فى اموال الطفل (عزله)
عن الولاية (ومنعه ، من التصرف فى ماله) اى مال الطفل (و) منعه عن
(اثبات اليد عليه) اى على مال الطفل ، او المراد اثبات الحاكم اليد
على ماله ، بدلاً عن الاب والجد (وان لم يظهر خلافه) اى خلاف حال
الاب فى تصرفاته (فولايته) اى الاب (ثابتة ، وان لم يعلم)
الحاكم الامرين الاختلاف وعدم الاختلاف (استعلم)
الحاكم

.....
 حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه ، و شواهد احواله ، انتهى .
 و هل يشترط فى تصرفه المصلحة ؟ او يكفى عدم المفسدة ام لا يعتبر
 شئ و جوه .

يشهد للاخير اطلاق ما دل على ان مال الولد للوالد ، كما فى رواية
 سعد بن يسار ، و انه و ماله لابييه ، كما فى النبوى المشهور ، و صحيحة ابن مسلم

(حاله) اى الاب (بالاجتهاد) فى امره (و تتبع سلوكه ، و) تتبع (شواهد
 احواله ، انتهى) كلام جامع المقاصد .
 (و هل يشترط فى تصرفه) اى الاب و الجد (المصلحة) كأن يبيع
 ما رأس ماله دينار ، بدينار و نصف (او يكفى عدم المفسدة) كأن يبيعه
 بدينار (ام لا يعتبر شئ) كأن يبيعه بنصف دينار ، بمعنى ان تصرفه
 نافذ ، ولو كان مفسدة كتصرف الانسان فى مال نفسه ، فانه يصح ان
 يبيع الانسان ما يسوى ديناراً ، بنصف دينار ، اذا لم يكن سفيهاً
 (و جوه) ثلاثة .

(يشهد للاخير) اى عدم اعتبار المصلحة ، و لا عدم المفسدة
 (اطلاق ما دل على ان مال الولد للوالد ، كما فى رواية سعد بن يسار)
 قال قلت لابي عبد الله عليه السلام : ايحج الرجل من مال ابنه و هو
 صغير ؟ قال : نعم ، قلت : يحج حجة الاسلام و ينفق منه ؟ قال :
 نعم بالمعروف ، ثم قال عليه السلام : نعم يحج منه و ينفق منه ، ان
 مال الولد للوالد (و انه و ماله لابييه ، كما فى النبوى المشهور)
 الآتى (و صحيحة ابن مسلم :

ان الوالد يأخذ من مال ولده ماشاء ، و ما فى العلل عن محمد بن سنان
عن الرضا عليه السلام من : ان علة تحليل مال الولد لوالده ان الولد
مؤهب للوالد ، فى قوله تعالى : يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء
الذكور .

و يؤيده اخبار جواز تقويم الابن على نفسه ، لكن الظاهر منها

(ان الوالد يأخذ من مال ولده ماشاء ، و ما فى العلل عن محمد بن
سنان ، عن الرضا عليه السلام من : ان علة تحليل مال الولد لوالده)
اي تحليل الشرع (ان الولد مؤهب للوالد) .
ومن المعلوم : ان ما كان متعلقا بالمال : المؤهب ، فهو مال
للمؤهب له (فى قوله تعالى : يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء
الذكور) .

(و يؤيده) اي كون الولد للوالد ، او المراد يؤيد انه لا يعتبر شئ
فى تصرف الوالد فى مال الولد (اخبار جواز تقويم الابن على
نفسه) اي يقدر قيمتها ثم يقبلها بمقابل القيمة التى يجعلها الوالد
على نفسه ، ثم يطأها .

وجه التأييد ان هذه الاخبار وان لم تدل على ان جارية الولد
للاب ، كما كان مقتضى الخلاف الاخبار المتقدمة ، لكنها تدل على ان
للاب ان يتصرف فى مال الولد مطلقا ، لا طلاق هذه الروايات حتى فى
صورة ان التقويم لم يكن صلاحا للولد (لكن الظاهر منها)
اي من اخبار التقويم

تقييد هابصورة حاجة الاب ، كما يشهد له قوله عليه السلام فى رواية الحسين بن ابى العلاء : قال : قلت : لابى عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده ؟ قال قوته بغير سرف اذا اضطر اليه ، قال : فقلت : له قول رسول الله (ص) للرجل الذى اتاه ، فقدم اباه ، فقال له : انت و مالك لابيک ، فقال انما جاء بابيه الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا رسول الله (ص) هذا ابى ظلمنى ميراثى من امى ، فاخبره الاب انه قد انفق عليه وعلى نفسه ، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم انت و مالك لابيک ، و لم يكن عند الرجل

(تقييد هابصورة حاجة الاب) فلا اطلاق لها حيث تدل على ان كل تصرف من الاب نافذ (كما يشهد له) اى للتقييد (قوله عليه السلام فى رواية الحسين بن ابى العلاء : قال : قلت : لابى عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده ؟ قال) عليه السلام (قوته بغير سرف اذا اضطر اليه) بان لم يكن للاب مورد رزق آخر (قال : قلت : له قول رسول الله (ص) للرجل الذى اتاه ، فقدم اباه) شاكيا عليه (فقال) النبى صلى الله عليه وآله وسلم (له : انت و مالك لابيک) اى كيف يلائم قولك مع قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ؟ (فقال) عليه السلام (انما جاء الولد) بابيه الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : يا رسول الله (ص) هذا ابى ظلمنى ميراثى من امى ، فاخبره الاب انه قد انفق (اى الميراث) عليه (اى على الولد) وعلى نفسه ، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم (انت و مالك لابيک ، و لم يكن عند الرجل) الاب شئ يصرف

او كان رسول الله (ص) يحبس الاب للابن ،

ونحوها صحيحة ابي حمزة الثمالي ، عن ابي جعفر عليه السلام ، قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انت ومالك لابيک ، ثم قال :
لأنحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ، ان الله لا يحب

على نفسه ، او يودى مقابل مال الولد (او كان رسول الله (ص) يحبس
الاب للابن) فكما ان الاب لا يقتل بالابن ، كذلك لا يحبس الاب فى باب
الابن ، وكان الامام عليه السلام ذكر امرين .

الاول - جواز اتفاق الاب من مال الابن .

الثانى - انه لو فرض تعدى الاب لم يكن يحبس ولذا فلا يجد الابن
سبيلا الى الاب المعسر الذى صرف ماله ، لانه لا مال له ليأخذه ، و
لا يحبس فى مقابل دين الابن .

ومع ذلك فالحديث يحتاج الى التأمل ، لان الاستدلال بالآية :
يدل على انه لاحق للولد ، والعلة تدل على وجود حق للابن .

اللهم الا ان تجعل الآية علة لعدم الحبس فيبقى على الحديث ان
المعسر لا يحبس مطلقا ، حتى اذا كان غير اب ، لان لى الواجد يحل
حبسه .

(ونحوها صحيحة) ابن (ابي حمزة الثمالي ، عن ابي جعفر عليه السلام ،
قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انت ومالك لابيک ، ثم
قال : لأنحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه)
فى نفقاته (ان الله لا يحب

.....
 الفساد ، فان الاستشهاد بالآية يدل على ارادة الحرمة ، من عدم الحب
 دون الكراهة .

وانه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل .

هذا كله ، مضافا الى عموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
 هى احسن ، فان اطلاقه يشمل الجد ويتم فى الاب ، بعدم الفصل .
 ومضافا : الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة ، بل فى
 مفتاح الكرامة استظهر الاجماع - تبع الشيخه فى شرح القواعد - على

الفساد ، فان الاستشهاد بالآية يدل على ارادة الحرمة ، من عدم الحب
 دون الكراهة) المصطلحة ، اذ : ظاهر الآيه الفساد المحرم .

(وانہ لا يجوز له التصرف) عطف على : ارادة ، (بما فيه مفسدة لـ)

مال (المطفل) خلافا لمن قال : بصحة جميع تصرفات الاب كيف كان

(هذا كله ، مضافا الى عموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي

هى احسن) اى بالكيفية التى هى احسن الكيفيات (فان اطلاقه) اى
 اطلاق النهى (يشمل الجد) فان الذى له جد وليس له اب ، يتيم عرفا
 وشرعا (ويتم فى الاب ، بعدم الفصل) فان حكم الاب والجد واحد
 بالاجماع .

(ومضافا : الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة) فى

التصرف فى مال الطفل (بل فى مفتاح الكرامة استظهر الاجماع) اى
 قال : الاظهر وجود الاجماع (- تبع الشيخه فى شرح القواعد -) اى

كاشف الغطاء الكبير (على

.....
 اناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة ، وليس ببعيد ، فقد صرح به في
 محكى المبسوط ، حيث قال : ومن يلى امر الصغير ، والمجنون ، خمسة
 الاب ، والجد للاب ، ووصى الاب ، والجد ، والحاكم ، ومن يامره .
 ثم قال : وكل هؤلاء الخمسة ، لا يصح تصرفهم الاعلى وجه الاحتياط
 والحظ للصغير لانهم انما نصبوا لذلك ، فاذا تصرف فيه على وجه لاحظ
 فيه كان باطلا ، لانه خلاف ما نصب له ، انتهى .

وقال الحل في السرائر : لا يجوز للولي التصرف

اناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة ، وليس (الاجماع) (ببعيد ، فقد
 صرح به) غير واحد من العلماء ، ف (في محكى المبسوط) نص على
 ذلك (حيث قال : ومن يلى) اي يتولى (امر الصغير ، والمجنون ، خمسة
 الاب ، والجد للاب) من ناحية الاب ، لا الجد ابوالام (ووصى الاب
 و) وصى (الجد ، والحاكم ، ومن يامره) الحاكم الذي هو بمنزلة
 الحاكم ايضا .

(ثم قال : وكل هؤلاء الخمسة ، لا يصح تصرفهم) في مال الصغير و
 المجنون (الاعلى وجه الاحتياط) الاخذ بالحائطة ، وما فيه التحفظ
 على مالهما (والحظ للصغير لانهم انما نصبوا) وعينوا من قبل الشرع
 (لذلك) اي الاحتياط على مالهما (فاذا تصرف فيه) اي في المال
 (على وجه لاحظ فيه) للصغير ولا فائدة (كان) التصرف (باطلا ،
 لانه خلاف ما نصب له ، انتهى) كلام المبسوط .

(وقال الحل) ابن ادريس (في السرائر : لا يجوز للولي التصرف

.....
فى مال الطفل ، الابما يكون فيه صلاح المال ، ويعود نفعه الى الطفل
دون المتصرف فيه .

وهذا الذى يقتضيه اصول المذهب ، انتهى .
وقد صرح بذلك ايضا المحقق ، والعلامة ، والشهيدان ، والمحقق
الثانى ، وغيرهم ، بل فى شرح الروضة للفاضل الهندى ان المتقدمين
عموا الحكم باعتبار المصلحة ، من غير استثناء ، واستظهر فى مفتاح
الكرامة من عبارة التذكرة فى

فى مال الطفل ، الابما يكون فيه صلاح المال ، ويعود نفعه الى الطفل
دون المتصرف فيه) اى اذا كان النفع عائد الى المتصرف فيه لم يصح ،
اذ : ليس المال لنفعه ، وانما لنفع الطفل .

(وهذا) اى كون جواز التصرف انما يقيد بما فيه صلاح الطفل ، هو
(الذى يقتضيه اصول المذهب) كآية : لا تقربوا ، وقاعدة : ان الولاية
لاجل صلاح الطفل ، وما اشبه من سائر القواعد (انتهى) كلام
السرائر .

(وقد صرح بذلك) اى باشتراط الصلاح (ايضا المحقق ، والعلامة
والشهيدان ، والمحقق الثانى ، وغيرهم ، بل فى شرح الروضة
للفاضل الهندى) صاحب كشف اللثام (ان المتقدمين عموا الحكم
باعتبار المصلحة) اى قالوا بان اعتبار المصلحة عام بالنسبة الى الاب و
الجد وغيرهما (من غير استثناء) فلم يستثنوا الاب والجد ، بان لا يكون
تصرفهما مشروطا بالمصلحة (واستظهر فى مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة فى

باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين ، وقد حكن عن الشهيد فى
حواشى القواعد : ان قطب الدين قدس سره ، نقل عن العلامة رحمه
الله ، انه لو باع الولى بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الاتلاف
بالاقتراض ؟

لانا قائلون : بجواز اقتراض ماله ، وهو يستلزم جواز اتلافه ، قال : و
توقف زاعما انه لا يقدر على مخالفة الاصحاب .
هذا ولكن الاقوى ، كفاية عدم المفسدة وفاقا لغير واحد من
الاساطين الذين عاصرناهم ،

باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك) اى قال : ظاهر التذكرة عدم الخلاف
فى اعتبار الصلاح للطفل (بين المسلمين وقد حكى عن الشهيد فى حواشى
القواعد : ان قطب الدين قدس سره ، نقل عن العلامة رحمه الله ، انه
لو باع الولى بدون ثمن المثل) جاز .

لانه (لم لا ينزل منزلة الاتلاف) لمال الصغير (بالاقتراض) فاذا جاز
الاقتراض جاز البيع باقل من ثمن المثل .

(لانا قائلون : بجواز اقتراض) الولى (ماله ، وهو) اى جواز
الاقتراض (يستلزم جواز اتلافه ، قال) قطب الدين (و توقف) العلامة
عن الفتوى بذلك (زاعما انه لا يقدر على) فتوى (مخالفة الاصحاب)
القائلين بانه لا يجوز .

(هذا ولكن الاقوى ، كفاية عدم المفسدة) ولا يحتاج الى وجود
المصلحة (وفاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصرناهم) .

.....
 لمنع دلالة الروايات على اكثر من النهى عن الفساد ، فلا تنهض لدفع
 دلالة المطلقات المتقدمة ، الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد، وماله .
 واما الآية الشريفة - فلو سلم دلالتها - فهى مخصصة بمادل على
 ولاية الجد ، وسلطنته الظاهرة فى ان له ان يتصرف فى مال طفله ، بما
 ليس فيه مفسدة له .

و ذلك (لمنع دلالة الروايات) على كثرتها (على اكثر من النهى عن
 الفساد ، فلا تنهض) تلك الروايات (لدفع دلالة المطلقات) المجوزة
 (المتقدمة ، الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد ، و) على (ماله)
 الشاملة لصور الصلاح والفساد ، وما لافساد فيه ، فاذا خرجت صورة
 الفساد ، بقى الباقي تحت العموم .

(واما الآية الشريفة) وهى قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم
 الا بالتي هى احسن ، الظاهرة فى وجوب الصلاح ، وعدم كفاية ان لا يكون
 مفسدة (- فلو سلم دلالتها - فهى مخصصة بمادل على ولاية الجد ، و
 سلطنته الظاهرة) تلك الولاية (فى ان له) اى للجد (ان يتصرف فى مال
 طفله ، بما ليس فيه) اى فى ذلك التصرف (مفسدة له) اى للطفل .

والحاصل : ان الآية تقول : يجب ان يكون التصرف فى مال
 الطفل صلاحا ، الا اذا كان المتصرف الجد ، فان له ان يتصرف بما ليس
 فيه مفسدة .

وهذا التخصيص انما استفيد من اطلاق ما دل على ولاية الجد
 اطلاقا ، هو اقوى من الآية ، لان الآية اقوى ، حتى تكون حاکمة على

فان ما دل على ولاية الجد في النكاح ، معللابان البنت واباها للجد ، و
 اباها ، قوله (ص) : انت و مالك لايك ، خصوصاً مع استشهاد الامام
 (ع) به في مضي نكاح الجد ، بدون اذن الاب ، رداً على من انكر ذلك
 وحكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الامراء .

الاطلاق (فان ما دل على ولاية الجد في النكاح ، معللابان البنت و
 اباها للجد ، و اباها ، قوله (ص) : انت و مالك لايك) في الحديث
 المتقدم عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (خصوصاً مع استشهاد
 الامام (ع) به) اي بقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم (في مضي
 نكاح الجد ، بدون اذن الاب ، رداً على من انكر ذلك) اي ان يكون
 نكاح الجد نافذاً (وحكم ببطلان ذلك) النكاح من الجد (من العامة
 في مجلس بعض الامراء) .

اما الرواية الاولى : فهي خبر علي بن جعفر عن اخيه ، قال :
 سئلته عن رجل اتاه رجلان يخطبان ، فهوى جد البنت ان يزوج رجلاً
 وهوى ابوها الآخر ، ايها احق ان ينكح ؟ قال : الذي هوى الجد
 احق بالجارية ، لانها و اباها للجد .

واما الرواية الثانية : فهو خبر عبيد بن زرارة ، عن ابي عبد الله عليه
 السلام ، انه قال : اني لذات يوم عند زياد بن عبد الله ، اذ جاء رجل
 يستعدي على ابيه ، فقال : اصلح الله الامير ، ان ابي زوج ابنتي
 بغير اذني ، فقال لجلسائه : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فقالوا
 نكاحه باطل ، قال عليه السلام : ثم اقبل عليّ ، فقال : ما تقول يا ابا عبد

وغير ذلك يدل على ذلك .

مع انه لو سلمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه فى حكم الجد ،
دون الاب .

و دعوى : عدم القول بالفصل ممنوعة .

الله ، فلما سئلنى اقبلت على الذين اجابوه ، فقلت لهم اليس فيما
تروون انتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان رجلا جاء يستعديه
على ابيه فى مثل هذا ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :
انت ومالك لابيک ، قالوا : بلى ، فقلت لهم : كيف يكون هو وماله لابيہ
ولا يجوز نكاحه ؟ قال عليه السلام ، فاخذ بقولهم وترك قولى (وغير
ذلك يدل على ذلك) الذى ذكرنا من كفاية عدم المفسدة .

ثم : اذا كان تصرف الجد غير مشروط بالصلاح ، بل يكفى عدم
المفسدة ، كان تصرف الاب كذلك ، اما بالمناط ، او بطريق اولى .

(مع انه لو سلمنا عدم التخصيص) للجد فى آية : و ، لا تقربوا
(وجب الاقتصار عليه) اى على وجوب ان يكون التصرف مصلحة (فى
حكم الجد ، دون الاب) لان من له الاب ، لا يصدق عليه انه يتيم ، فلا
تشمله الآيه .

(و دعوى : عدم القول بالفصل) بين الجد و الاب ، و انه كما لا يجوز
ان يتصرف الجد فى مال الطفل الاحسب المصلحة ، كذلك لا يجوز للاب
التصرف الاحسب المصلحة — ولا يكفى عدم المفسدة — (ممنوعة) اذ : لا
اطمينان بوجود اجماع على ذلك .

.....
فقد حكى عن بعض متأخرى المتأخرين ، القول بالفصل بينهما فى
الاقتراض مع عدم اليسر .

ثم : لاختلاف ظاهرا - كما ادعى - فى ان الجد ، وان علايشارك
الاب فى الحكم ، ويدل عليه ما دل على ان الشخص وماله - الذى منه
مال ابنه - لابييه ، وما دل على ان الولد ، ووالده لجدّه .
ولو فقد الاب وبقى الجد فهل ابوه و جدّه يقوم مقامه فى المشاركة او يخص

(فقد حكى عن بعض متأخرى المتأخرين ، القول بالفصل بينهما فى
الاقتراض مع عدم اليسر) اى يجوز للاب ان يقترض من مال الطفل ، و
ان لم يكن الاب ذا يسار .

(ثم : لاختلاف ظاهرا - كما ادعى -) عدم الخلاف (فى ان الجد
وان علايشارك الاب فى الحكم) فى التصرف فى مال الطفل (ويدل
عليه ما دل على ان الشخص وماله - الذى منه مال ابنه - لابييه ، وما
دل على ان الولد ، ووالده لجدّه) « على » متعلق ب : يدل ، و : لابييه
خبر : ان ، و : الذى ، صفة : ماله .

والحاصل : ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم : انت ومالك لابيك
يدل على ان : الولد وماله لوالده ، ومن جملة اموال الولد : ولده و
اموال ولده ، وهكذا ، فالكل للجد .

(ولو فقد الاب وبقى الجد) و ابو الجد (فهل ابوه) اى اب الاب (و
جدّه) اى جد الاب (يقوم مقامه) اى مقام الابو الجد قسى
المشاركة) فى الولاية (او يخص

.....
 هو بالولاية، قولان، من: ظاهران الولد ووالده لجدّه وهو المحكى عن ظاهر جماعة.
 ومن: ان مقتضى قوله تعالى: - واولو الارحام بعضهم اولى ببعض
 كون القريب اولى بقربه من البعيد، فنفى ولاية البعيد، وخرج منه
 الجدمع الاب، وبقى الباقي .
 وليس المراد من لفظ الاولى التفضيل مع الاشتراك فى المبدء .

(هو) اى اب الاب، لاجد الاب (بالولاية) مثلاً: الطفل، وابوه احمد، و
 اب الاب عبد الله، وجد الاب هاشم، لومات الاب، وبقى عبد الله، و
 هاشم، فهل هما شريكان؟ او يقوم عبد الله؟ (قولان، من: ظاهر
 ان الولد ووالده لجدّه) يكون مقتضى القاعدة التشريك فى التصرف فى
 مال الطفل، فعبد الله، وهاشم شريكان (و) هذا (هو المحكى عن
 ظاهر جماعة) .

(ومن: ان مقتضى قوله تعالى: واولو الارحام بعضهم اولى ببعض
 كون القريب) كعبد الله (اولى بقربه) الطفل (من البعيد) كهاشم
 (فنفى) اى قوله تعالى (ولاية البعيد) مع وجود القريب مطلقاً (وخرج
 منه) اى من هذا النفى المطلق (الجدمع الاب) حيث ثبت بالدليل
 ان الجد البعيد، اولى من الاب القريب (وبقى الباقي) كان الجد،
 مع الجد، حيث ان مقتضى الآية كون الجد اولى من ابيه .

(وليس المراد من لفظ الاولى) فى قوله تعالى: واولو الارحام
 بعضهم اولى (التفضيل) للقريب (مع الاشتراك فى المبدء) اى اصل
 الولاية، كأن يكون العم وابن العم - مثلاً - كلاهما يرثان، ويتوليان

.....

بل هو نظير قولك : هو احق بالامر من فلان ، ونحوه .
وهذا محكى عن جامع المقاصد ، والمسالك ، والكفاية ، والمسئلة
مواضع اخر تأتى انشاء الله .

شئون الميت - مثلاً - مع ان العم افضل ، مثل افضلية امامة العالم على
امامة العامى .

(بل هو) اى اولى فى الآيه الكريمة (نظير قولك : هو احق بالامر
من فلان ، ونحوه) مما يراد به وجود الاستحقاق فى هذا دون فلان .
(وهذا) القول اى كون القريب اولى ، المقتضى لاولوية الجدمن
اب الجد (محكى عن جامع المقاصد ، والمسالك ، والكفاية ، والمسئلة)
اى مسئلة اولوية الجدا و اب الجد (مواضع آخر) ككتاب النكاح فى باب
اولياء العقد ، وكتاب الحجر فى ان مال الطفل بيد الاب والجد (تأتى
انشاء الله) .

وكان المصنف عزم على اتمام الفقه ، لكن التقدير لم يسا عـد
ذلك .

مسئلة

من جملة اولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم والمراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالا لامر اكثر حضار مجلس المذاكرة .

فنقول مستعينا بالله : للفقيه الجامع للشرائط ، مناصب ثلاثة .

احدها : الافتاء فيما يحتاج اليها العامى

(مسئلة من جملة اولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله) كالطفل ، والمجنون والسفيه ، والمغمى عليه (الحاكم) الشرعى (والمراد منه) اى من الحاكم (الفقيه الجامع لشرائط الفتوى) وقد ذكرنا فى شرطه البلوغ والعقل والذكورة والحرية والعدالة والاعلمية - فى الجملة - وطهارة المولد والحيوة (وقد رأينا هنا ذكر) مفعول : رأينا ، اى : ان نذكر ، (مناصب الفقيه امتثالا لامر اكثر حضار مجلس المذاكرة) .

مع ان موضع ذلك كتاب القضاء ، او كتاب التقليد ، كما ذكره بعض المتأخرين .

(فنقول مستعينا بالله : للفقيه الجامع للشرائط ، مناصب ثلاثة) او اكثر ، كما ذكرناها فى شرح العروة الوثقى كتاب التقليد ، فراجع . (احدها : الافتاء فيما يحتاج اليها) الضمير راجع الى : مما ، و مصداقه : المسائل ، (العامى) الذى لم يبلغ درجة الاجتهاد ، وان

فى عمله .

و مورده المسائل الفرعية ، و الموضوعات الاستنباطية ، من حيث ترتب حكم فرعى عليها .

ولا اشكال ولا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقير ، الامن لا يرى

كان من افاضل طلاب العلوم الدينية (فى عمله) اما المسائل الاعتقادية فليس تقريرها من شأن الفقيه - بالمعنى المصطلح - .

اذ : لو قلنا بانها يجب الاجتهاد فيها فواضح .

وان قلنا بجواز التقليد ، فالمرجع فيها هم المتكلمون .

(و مورده) اى الانشاء (المسائل الفرعية) مقابل الاصولية ، المراد بها اصول الاعتقاد (و الموضوعات الاستنباطية) التى تحتاج الى الاستنباط فى فهم المراد منه كالوطن ، والآنية ، والغناء ، وما اشبه (من حيث ترتب حكم فرعى عليها) اى على تلك الموضوعات الاستنباطية .

مثل : ان الموضوع الذى يتم الانسان صلاته فيه ، هل المحل الذى ولد فيه ، او الذى قصد البقاء فيه او ما اشبه ؟ .

ومثل : ان الظرف المحرم كونه من الذهب والفضة ، هو شامل لمثل رأس الغرشة ووعاء الساعة ام لا ؟ .

ومثل ان الغناء الصوت المطرب مطلقا ، ا و الذى فيه الترجيع ، و هكذا .

(ولا اشكال ولا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقير ، الامن لا يرى

جواز التقليد للعامى .

و تفصيل الكلام فى هذا المقام موكل الى مباحث الاجتهاد والتقليد .
الثانى الحكومة ، فله الحكم بما يراه حقا فى المرافعات ، وغيرها فى
 الجملة ، و هذا المنصب ايضا ثابت له بلا خلاف ، فتوى و نصا ، و تفصيل
 الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به ، و المحكوم عليه موكل
 الى كتاب القضاء .

جواز التقليد للعامى (كبعض الاخباريين .

(و تفصيل الكلام فى هذا المقام موكل الى مباحث الاجتهاد والتقليد)
 و قد ذكرنا طرفا من ذلك فى شرح العروة و شرح الكفاية فراجع .
(الثانى) من مناصب الفقيه (الحكومة) اى الفصل بين المترافعين
 (فله) اى الفقيه (الحكم بما يراه حقا فى المرافعات ، وغيرها) ككون هذا
 وقف ، و هذا ملك ، و هذا الزيد لالعمرى - لافى باب الترافع - وكالحجر
 للفلس ، و رؤية الهلال لتعيين اول الشهر (فى الجملة) متعلقة بغيرها
 اى غيرها مطلقا داخل فى الثالث (و هذا المنصب ايضا ثابت له بلا خلاف
 فتوى و نصا ، و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به)
 اى الحكم الذى يصدره ، مثل ان يكون عن بينة ، او يجوز الحكم عن علم
 الحاكم - مثلا - (و المحكوم عليه) من الناس ، اى اى شخص ينفذ
 حكم الحاكم عليه ، هل ينفذ على مجتهد آخر ، او على من يعلم خطأ
 الحاكم (موكل الى كتاب القضاء) و فى كتاب قضاء المستند ، والجواهر
 و الآشتيانى بلغة للفقيه .

.....
الثالث : ولاية التصرف فى الاموال والانفس ، وهو المقصود

بالتفصيل هنا .

فنقول : الولاية تتصور على وجهين .

الاول : استقلال الولي بالتصرف ، مع قطع النظر عن كون تصرف

غيره منوطا باذنه ، او غير منوط به .

و مرجع هذا الى كون نظره سببا فى جواز تصرفه .

(الثالث) من مناصب الفقيه (ولاية التصرف فى الاموال والانفس ، و

هو المقصود بالتفصيل هنا) .

والمراد من هذا : ليس ما هو معلوم العدم ، كصحة بيع الامام

الاحرار ، وتحريره عبيد الناس ، وما اشبه ، كما هو ثابت للامام عليه

السلام ، اذ : من المقطوع عدمه بالنسبة الى الحاكم الشرعى ، بل

المرتبة الادون من هذا .

(فنقول : الولاية تتصور على وجهين) .

(الاول : استقلال الولي بالتصرف) فى الاموال والانفس ، كان

يتصرف فى اموال القصر ، وان يتصرف فى انفسهم بنكاحهم - مثلاً -

(مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه ، او غير منوط به) اى

باذنه .

فالكلام هنا فى انه هل للفقيه ان يتصرف او ليس له ان يتصرف ؟

(و مرجع هذا) الامر (الى) انه هل (كون نظره) اى الفقيه (سببا

فى جواز تصرفه) اى ان ارادة الفقيه علة تامة لجواز التصرف ، فان اراد

.....

الثانى : عدم استقلال غيره بالتصرف ، وكون تصرف الغير منوطا باذنه ، وان لم يكن هو مستقلا بالتصرف .

و مرجع هذا الى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره ، وبين موارد الوجهين ، عموم من وجه .

جاز التصرف - وان لم يرد لم يكن موضوع جواز التصرف - .

(الثانى : عدم استقلال غيره بالتصرف ، وكون تصرف الغير) كما لو اراد ان يتصرف احد عدول المسلمين فى مال الطفل استصلاحا (منوطا باذنه) حتى اذا تصرف العدل فى مال الطفل كان تصرفه باطلا ، لانه لم يستأذن الحاكم الشرعى (وان لم يكن هو) اى الفقيه (مستقلا بالتصرف) حيث انه لا يجوز التصرف له مستقلا ، وانما يجوز له التصرف منضما الى الغير .

(و مرجع هذا الى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره ، وبين موارد الوجهين) الاول ، والثانى (عموم من وجه) .

فمادة الاجتماع التصرف فى مجهول المالك ، فان الحاكم مستقل فيه ، وغير الحاكم يحتاج الى اذن الحاكم .

ومادة وجود الاول دون الثانى كما فى التصرف فى الزكوات ، فان كل واحد من الحاكم والمالك مستقل فى التصرف .

ومادة وجود الثانى دون الاول اى اعتبار اذن الحاكم فى تصرف الغير مع عدم استقلال الحاكم فى التصرف التقاص ، فان الانسان الذى له الحق لا يجوز له التقاص الا باذن الحاكم ، ولا يحق للحاكم ان يتصرف

ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير ، اما ان يكون على وجه الاستنابة
كوكيل الحاكم .

واما ان يكون على وجه التفويض والتولية ، كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم .
واما ان يكون على وجه الرضا كاذن الحاكم لغيره في الصلاة على
ميت لاولى له .

اذا عرفت هذا ، فنقول : مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد
بشيء من

بدون اذن ذى الحق .

(ثم اذنه) اى الحاكم (المعتبر في تصرف الغير ، اما ان يكون على
وجه الاستنابة) بان يأخذ الحاكم نائباً لان يعمل النائب العمل (كوكيل
الحاكم) الذى هو نائب عن الحاكم في التصرف .

(واما ان يكون على وجه التفويض والتولية) وهذا منصب ، قالوا ان
الفرق بينه وبين الاول ان الوكيل ينعزل بموت الحاكم ، بخلاف هذا
(كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم) فانه متولى ومفوض اليه الامر .
(واما ان يكون على وجه الرضا) بدون نيابة او تولية (كاذن الحاكم
لغيره في الصلاة على ميت لاولى له) .

وقد تكلمنا حول هذه الامور في شرح العروة كتاب التقليد فراجع .
ويمكن ان يقال : بان محصل الفرق بين الثلاثة ، ان الثالث مرتبة
ضعيفة من الاذن ، والوكالة مرتبة اقوى ، والتولية مرتبة اقوى .
(اذا عرفت هذا ، فنقول : مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد بشيء ممن

.....
 الامور المذكورة ، خرجنا عن هذا الاصل فى خصوص النبى والائمة
 صلوات الله عليهم اجمعين بالادلة الاربعة .
 قال الله تعالى : النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم .
 وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله امرا ان يكون لهم
 الخيرة من امرهم .

الامور المذكورة) اوجه الولاية ، وذلك : لان كل تصرف فى الغير -
 استقلالا او انضماما - نفوذه يحتاج الى دليل شرعى ، فاذا لم يكن دليل
 كان الاصل بقاء ما كان على حاله السابق ، بدون نفوذ التصرف المذكور
 (خرجنا عن هذا الاصل فى خصوص النبى) صلى الله عليه وآله وسلم
 (والائمة) وفاطمة الزهراء (صلوات الله عليهم اجمعين ، بالادلة
 الاربعة) الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والعقل بالاضافة الى انه ضرورى .
 اما الكتاب ، فقد (قال الله تعالى : النبى اولى بالمؤمنين من
 انفسهم) فولاية الانسان على نفسه محكومة بولاية النبى ، مثلا : اذا اراد
 الانسان ان يسافر الى بلد ، او يشتري شيئا ، او ينكح امرأة ، او ما شبه
 كانت له الولاية على ذلك ، فاذا قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم :
 لا تفعل ذلك ، كان اللازم عليه ان يترك ما يرغب ، و يأخذ بما قاله النبى
 صلى الله عليه وآله وسلم .

(و) قال تعالى : (ما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله
 امرا ان يكون لهم الخيرة من امرهم) فاختيار امرهم مسلوب اذا كان
 هناك امر من الله فى القرآن الحكيم ، او بالوحى ، او كان هناك امر من

.....
فليحذر الذين يخالفون عن امره ان تصيبهم فتنة ، او يصيبهم عذاب

اليم .

واطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم .
انما وليكم الله ورسوله ، الآية

الرسول صلى الله عليه وآله وسلم .

وقال تعالى : (فليحذر الذين يخالفون عن امره) اي امر الله تعالى .
ومن المعلوم بالعقل والنقل ان امر الرسول هو امر الله تعالى ،
فانه : ما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى (ان تصيبهم فتنة)
توجب خلل دنياهم (او يصيبهم عذاب اليم) فى الآخرة او الاعم .
وقال تعالى : (واطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم)
والمراد باولى الامر الائمة الهداة بالاجماع .

وقال تعالى : (انما وليكم) اي الاولى بالتصرف فيكم من انفسكم (الله
ورسوله ، الآية) اي الى آخرها ، وهى : والذين آمنوا الذين يقيمون
الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راکعون ، نزلت فى على امير المؤمنين عليه السلام .
ولا يخفى ان الاشكال على قول الشيعة كما صدر عن بعض العامة
بان : انما ، ان كانت حاضرة دلت الآية على عدم الولاية لسائر الائمة
وان لم تكن حاضرة لم يكن فى الآية دليل على عدم ولاية غير على عليه
السلام من سائر الخلفاء .

غير تام ، ان : ولاية الائمة عليهم السلام انما هى عين ولاية على ،
فالولاية ثلاثة ، ولاية الله اولا ، وولاية الرسول ثانيا ، وولاية الامام

الى غير ذلك •

وقال النبى (ص) — كما فى رواية ايوب بن عطية — انا اولى بكل مؤمن من نفسه •

وقال فى يوم غد يرخم ، الست اولى بكم من انفسكم ؟ قالوا بلى ، قال : من كنت مولا فلهذا على مولا •

والاخبار فى افتراض طاعتهم ، وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة يكفى فى ذلك •

ثالثا (الى غير ذلك) كقوله تعالى : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى انفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما •

(و) اما السنة ، فقد (قال النبى (ص) — كما فى رواية ايوب بن عطية — انا اولى بكل مؤمن من نفسه) واذا كانت الاولوية ثابتة بالنسبة الى المؤمن ، فهى بالنسبة الى الكافر اولى •

(وقال) صلى الله عليه وآله وسلم (فى يوم غد يرخم ، الست اولى بكم من انفسكم ؟ قالوا بلى ، قال : من كنت مولا فلهذا على مولا) والحديث متواتر فلا اشكال فى سنده ، ولا فى دلالة •

(والاخبار فى افتراض طاعتهم ، وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة) فاذا تولوا تصرفا ، كان اللازم اطاعتهم ، و (يكفى فى ذلك) ترتيب الأثر على ذلـك

التولى •

-
- منها : مقبولة عمر بن حنظلة
 - ومشهورة ابي خديجة
 - والتوقيع الآتى ، حيث علل فيها حكومة الفقيه ، و تسلطه على الناس
 - بانى قد جعلته كذلك ، وانه حجتى عليكم
 - واما الاجماع فغير خفى
-

- (منها : مقبولة عمر بن حنظلة) وفيها : فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف وعلينا قرد ، والراد علينا كالراد على الله وهو على حد الشرك بالله
- (ومشهورة ابي خديجة) وفيها : ولكن انظروا الى رجل منكم يعرف شيئا من قضايانا ، فاجعلوه بينكم ، فانى قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه
- وجه الدلالة : انه لو لم تجب طاعة الائمة ، لم يكن وجه لوجوب الرجوع الى القاضى الذى يعرف شيئا من قضاياهم
- (والتوقيع الآتى ، حيث علل فيها حكومة الفقيه ، و تسلطه على الناس بانى قد جعلته كذلك) حاكما ، و مسلطا (وانه حجتى عليكم) و انا حجة الله ، اذ : لولا وجوب الطاعة لم يكن وجه لتسلط الفقيه المستند الى جعل الامام
- الى غيرها من الروايات الكثيرة التى يجدها الطالب فى كتاب القضاء من الوسائل والمستدرک
- (واما الاجماع) على ولايتهم (فغير خفى) كما يظهر لمن راجع

واما العقل القطعى ، فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة انهم اولياء النعم ، وغير المستقل حكمه بان الابوة اذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن فى الجملة ، كانت الامامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية بطريق اولى ، لان الحق هنا اعظم بمراتب فتأمل .

كتب العقائد ، وكتب الاخبار كالبهار .

(واما العقل القطعى ، فالمستقل منه) الذى لا يتوقف على مقدمة اخرى (حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة انهم) عليهم السلام (اولياء النعم) .

ومن الشكر الطاعة .

اما انهم اولياء النعم فيكفى فيه قوله تعالى : ولو انهم رضوا ما آتاهم الله ورسوله .

والحديث القدسى : لولاك لما خلقت الافلاك ، وقول علي عليه السلام : والناس بعد صنائع لنا (وغير المستقل حكمه) اى العقل (بان الابوة) الجسدية (اذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن فى الجملة) اذ : ليست كل طاعة واجبة — كما قرر فى باب اطاعة الابوين — (كانت الامامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية بطريق اولى ، لان الحق هنا) فى باب الامامة (اعظم بمراتب) من حق الاب (فتأمل) حيث يمكن الخدشة فى بعض الادلة المتقدمة مثلا ، الاستدلال الاخير ، يمكن ان يقال عليه ان وجوب الطاعة لا يلزم الولاية ، ولذا تجب طاعة الوالد

والمقصود من جميع ذلك دفع مايتوهم من ان وجوب طاعة الامام مختص بالاوامر الشرعية ، وانه لا دليل على وجوب طاعته فى اوامره العرفية ، او سلطنته على الاموال والانفس .
وبالجملة : فالمستفاد من الادلة الاربعة - بعد التتبع والتأمل - ان للامام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى ، وان

على الولد الكبير ، ومع ذلك لم تكن للوالد ولاية على الولد .
(و) يكفى فى المقام الضرورة ، والاجماع القطعيان .
وانما (المقصود من جميع ذلك) الاستدلال (دفع مايتوهم من ان وجوب طاعة الامام مختص بالاوامر الشرعية) وذلك من باب : ان المطيع يفهم حكم الله ، وحكم الله واجب الطاعة (وانه لا دليل على وجوب طاعته فى اوامره العرفية) كما لو امر زيدا بزواج امرئة ، ولذا قالت : تأمرنى يا رسول الله قال صلى الله عليه وآله وسلم : لا ، بل انا شافع فانها فهمت كسائر المسلمين ان الرسول لو امر بامر ، وجبت طاعته (او سلطنته على الاموال والانفس) .
ولو نوقش فى الادلة المذكورة ، لكان باب الجدال فى اصل وجوب طاعة الله ايضا ممكنا ، لان مساق الادلة فى الموضوعين واحد ، والثانى مقطوع بعدم الامن المكابر ، فكذا الاول .
(وبالجملة : فالمستفاد من الادلة الاربعة - بعد التتبع والتأمل - ان للامام سلطنة مطلقة) عامة (على الرعية من قبل الله تعالى ، وان

.....

تصرفهم نافذ على الرعية ، ماض مطلقا .

هذا كله فى ولايتهم بالمعنى الاول .

واما بالمعنى الثانى اعنى اشتراط تصرف الغير باذنهم ، فهو وان كان مخالفا للاصل الا انه قد ورد اخبار خاصة بوجوب الرجوع اليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة الى المصالح المطلوبة للشارع، غير المأخوذة على شخص معين من الرعية كالحدود والتعزيرات، والتصرف فى اموال القاصرين والزام الناس بالخروج عن الحقوق

تصرفهم نافذ على الرعية ، ماض مطلقا) فى الاموال والانفس فى العرفيات وغيرها :

(هذا كله فى ولايتهم) اى الرسول والائمة عليهم السلام (بالمعنى

الاول) اى استقلالهم بالولاية .

(واما) ولايتهم (بالمعنى الثانى اعنى اشتراط تصرف الغير

باذنهم) وعدم استقلال الغير فى التصرف (فهو وان كان مخالفا للاصل)

اذ : الاصل عدم مدخلية احد فى تصرف غيره (الا انه قد ورد اخبار خاصة

بوجوب الرجوع اليهم) اى الائمة (وعدم جواز الاستقلال لغيرهم

بالنسبة الى) القيام بـ (المصالح المطلوبة للشارع ، غير المأخوذة على

شخص معين من الرعية) بل كانت من المصالح العامة (كالحدود و

التعزيرات ، والتصرف فى اموال القاصرين) كالأطفال والمجانين و

الغائبين تصرفا ، لاجل صلاحهم او صلاح من له الحق فى اموال القاصرين

(والزام الناس بالخروج عن الحقوق) الشرعية ، كالخمس والزكاة ، او

• ونحو ذلك •

ويكفى في ذلك ما دل على انهم اولوا الامر ، وولاته •
 فان الظاهر : من هذا العنوان عرفا ، من يجب الرجوع اليه فى
 الامور العامة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص •
 وكذا ما دل على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة الى رواية الحديث
 معللا بانهم حجتى عليكم ، وانا حجة الله ، فانه دل على ان الامام هو
 المرجع الاصلى •

الحقوق للناس كالقصاص وما اشبه (ونحو ذلك) من الامور العامة ،
 كالحرب والسلم والمعاهدات الدولية •

(ويكفى فى ذلك) اى عدم استقلال غيرهم فى هذه الامور الا باذنهم
 عليهم السلام (ما دل على انهم اولوا الامر ، وولاته) •

(فان الظاهر : من هذا العنوان عرفا ، من يجب الرجوع اليه فى
 الامور العامة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص) وهذا حكم
 على مثل آية : اولوا الارحام ، كما لو قيل لزيد الولاية على اقربائه ، ثم قيل
 السلطان له الولاية على الرعية ، فان العرف يجمع بينهما بان سلطة
 السلطان ما فوق سلطة زيد •

(وكذا ما دل على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة الى رواية
 الحديث ، معللا) اى حيث علل الامام عليه السلام ذاك الوجوب (بانهم)
 اى رواية الحديث (حجتى عليكم ، وانا حجة الله ، فانه دل على ان الامام
 هو المرجع الاصلى) الذى يستمد غيره حجتيه منه •

وما عن العلل بسنده الى الفضل بن شاذان عن مولا نأبى الحسن
الرضا عليه السلام ، فى علل حاجة الناس الى الامام (ع) حيث قال - بعد
ذكر جملة من العلل - ومنها : انا لانجد فرقة من الفرق ، ولا ملة من
الملل ، بقوا وعاشوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه فى امر الدين و
الدنيا ، فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم
منه ، ولا قوام لهم الا به .

هذا مضافا الى ما ورد فى خصوص الحدود ، والتعزيرات ، والحكومات ، و

وبهذا يظهر ان الغموض فى : الوقائع الحادثة ، لا يوجب تأملا
فى عموم الحكم ، لان العلة عامة مهما كان المورد خاصا .

(وما عن العلل بسنده الى الفضل بن شاذان عن مولا نأبى الحسن
الرضا عليه السلام ، فى علل حاجة الناس الى الامام (ع) حيث قال)
الامام (- بعد ذكر جملة من العلل - ومنها : انا لانجد فرقة من الفرق
ولاملة من الملل ، بقوا وعاشوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه فى امر
الدين والدنيا) مما يدل على ان امر الدنيا يحتاج الى الرئيس ، وحيث
ان الامر الشخصى خاص ولا شك فى تولى الافراد له ، فالمراد بامر الدنيا
الامور العامة (فلم يجز فى حكمة) الله (الحكيم) الذى يعمل وبأمر حسب
المصلحة (ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه ، ولا قوام لهم الا به)
اى يتركهم بدون رئيس ، والحال انه يعلم ان الرئيس مما لا بد لهم منه ،
والنسخ هنا مختلفة : بما يعلم ، و : بما يعلم ، و : هو يعلم ، والمراد بالكل واحد
(هذا مضافا الى ما ورد فى خصوص الحدود ، والتعزيرات ، والحكومات ، و

.....
 انها لامام المسلمين ، وفى الصلاة على الجنائز من ان سلطان الله احق
 بها من كل احد ، وغير ذلك مما يعثر عليه المتتبع .

وكيف كان ، فلا اشكال فى عدم جواز التصرف فى كثير من الامور العامة
 بدون اذنهم ورضاهم ، لكن لاعموم يقتضى اصاله توقف كل تصرف على الاذن .
 نعم : الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها
 بمقتضى كونهم اولى الامر ، وولاته والمرجع الاصلى فى الحوادث الواقعة .

انها لامام المسلمين) كما يجدها من يريد فى هذه الابواب من الوسائل
 والمستدرك (وفى الصلاة على الجنائز) فيما اذا كان كل من الولى و
 الوالى حاضرا ، حيث ورد وجوب تقديم الولى للوالى (من ان سلطان
 الله احق بها) اى بالجنائز (من كل احد ، وغير ذلك مما يعثر عليه
 المتتبع) .

فى باب الولاية من البحار وغيره ما يكفى للقطع بذلك من كثرة
 الاحاديث .

(وكيف كان ، فلا اشكال فى عدم جواز التصرف فى كثير من الامور العامة
 بدون اذنهم ورضاهم ، لكن لاعموم يقتضى) ذلك العموم (اصاله توقف
 كل تصرف على الاذن) من الامام .

(نعم : الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم لا يبعد الاطراد
 فيها) بالقول بلزوم الرجوع الى الامام (بمقتضى كونهم اولى الامر
 وولاته) اى ولاية الامر اى صاحب الامر ، والمتولى والمتصرف للامر (و
 المرجع الاصلى فى الحوادث الواقعة) عطف على : اولى الامر وكونهم

.....
و المرجع فى غير ذلك من موارد الشك الى اطلاقات ادلة تلك التصرفات
ان وجدت على الجواز ، او المنع .
والافالى الاصول العملية .
لكن حيث كان الكلام فى اعتبار اذن الامام ، او نائبه الخاص ، مع
التمكن منه

المرجع الاصلى يستفاد من : اما الحوادث الواقعة .
(و المرجع فى غير ذلك) اى غير ما يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم
(من موارد الشك) فى انه هل يتمكن الشخص من مزاولته بنفسه ، او يلزم
الرجوع فيه الى الامام ؟ كما لو شك فى ان التقاص من مال المعاطل ، او
المنكر يحتاج الى الاذن ، او يجوز المزاوله له بدون الاذن ؟ (الى
اطلاقات ادلة تلك التصرفات) كاطلاق ادلة التقاص (ان وجدت)
الاطلاقات (على الجواز ، او المنع) ولا ينافى الشك مع الاطلاق ، اذ :
الشك بالنسبة الى الخصوصية ، والاطلاق هو المرجع الذى لخصوصية
فيه — كما لا يخفى — .
(والا) يكن اطلاق يعين الجواز او المنع (ف) المرجع يكون (الى
الاصول العملية) .
فان كانت حالة سابقة فلا استصحاب ، و الا فان كان الشك فى التكليف
فالبراءة ، او المكلف به فالا احتياط .
وان دار بين محذرين ، فالتخير .
(لكن الكلام فى اعتبار اذن الامام ، او نائبه الخاص ، مع التمكن منه) اى

.....

- لم يجوز اجراء الاصول، لانها لاتنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة .
- وانما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع اليها البعض العوارض .
- وبالجملـة : فلا يـهمنا التعرض لذلك انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد الوجهين المتقدمين .
- فنقول : اما الولاية على الوجه الاول ، اعنى استقلاله فى التصرف

من الامام او نائبه الخاص (لم يجوز اجراء الاصول) العملية ، عند عدم وجدان الاطلاق (لانها) اى الاصول (لاتنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة) اذ : هى بعد اليأس عن الظفر بالدليل ، ومع وجود الحجة ، فالدليل موجود . (وانما تنفع) ذلك الرجوع الى الاصول العملية (مع عدم التمكن من الرجوع اليها) اى الى الحجة (لبعض العوارض) اما لعدم وجودها فى المـلأ ، او مع وجودها ولكن المانع فى طرف الراجع ، كأن كان فى بـرية منقطعة ، او ما اشبه .

(وبالجملـة : فلا يـهمنا التعرض لذلك) اى التكليف فى ظرف وجود الامام حاضرا او نائبه الخاص - سواء كان نائبا لخصوص شئ او لعموم الامور - و (انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد الوجهين المتقدمين) استقلاله بالتصرف ، واشتراط تصرف غيره باذنه .

(فنقول : اما الولاية على الوجه الاول ، اعنى استقلاله فى التصرف) فى الامور العامة (فـ) الظاهر انه المفهوم من الروايات ، والمناقشة فيها من المصنف وغيره محل نظر - وقد ذكرنا طرفا من الكلام حول ذلك فى شرح العروة كتاب التقليد - .

.....
لم يثبت بعموم ، عدا ماربما يتخيل من اخبار واردة فى شأن العلماء ،
مثل : ان العلماء ورثة الانبياء و : ان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما
ولكن ورثوا احاديث من احاديثهم : فمن اخذ بشئ منها اخذ بحظ وافر
وان : العلماء امناء الرسل .

وكيف كان فمذهب المصنف ره انه (لم يثبت بعموم ، عدا ماربما يتخيل
من اخبار واردة فى شأن العلماء ، مثل : ان العلماء ورثة الانبياء) فيما
رواه الصدوق عن ابي عبد الله ، عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ،
فى حديث طويل (و : ان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ، ولكن
ورثوا احاديث ، من احاديثهم : فمن اخذ بشئ منها اخذ بحظ وافر)
هذا من تنقعة الحديث الاول .

و المراد : ان الانبياء ليس شأنهم توريث المال كما هو شأن الفراعنة
كما فى حديث ، النص على ذلك ، حيث قال الامام امير المؤمنين عليه
السلام : العلم افضل من المال بسبعة .

الاول - انه ميراث الانبياء ، والمال ميراث الفراعنة الخ ، فلا ربط
لهذا الحديث ، بان النبى لو ترك شيئا لا يكون لورثته .

(و الثانى : (ان العلماء امناء الرسل) حيث روى عن الصادق عليه
السلام : قال : قال رسول الله : الفقهاء امناء الرسل ، ما لم يدخلوا فى
الدنيا ، قيل يا رسول الله وما دخلهم فى الدنيا ، قال : اتباع السلطان
فاذا فعلوا ذلك فاحذر روهم عن دينكم .

ولا يخفى : ان اتباع السلطان غير استتباع السلطان كما فعله

.....
 وقوله (ع) مجارى الامور بيد العلماء بالله ، الامناء على حاله و
 حرامه .

وقوله (ص) علماء امتى كانبيا بنى اسرائيل .
 وفى المرسلة المروية فى الفقه الرضوى : ان منزلة الفقيه فى هذا
 الوقت ،

نصير الدين ، والكركى ، وغيرهما .

(و) الثالث : (قوله "ع") اى الامام الحسين عليه السلام الذى رواه
 فى تحف العقول فى حديث طويل (مجارى الامور بيد العلماء بالله ،
 الامناء على حاله و حرامه) .

وجه الاستدلال بهذه الاحاديث الثلاثة .

اما : العلماء ورثة الانبياء ، فبانهم ورثة الانبياء فى الولاية على
 الناس ، كما انهم ورثتهم فى كونهم علماء بما اراد الله تعالى من الناس .
 واما : العلماء ائمة الرسل ، فبانهم المفوض اليهم احاديث الرسل
 و ولاية الرسل ، كما ان الامين مفوض اليه مال المؤمن وسره .

واما : مجارى الامور ، فبان من مجارى الامور الولاية على الامور .

فاطلاق هذه الروايات الثلاثة يشمل الولاية .

(وقوله "ص") اى الرسول صلى الله عليه وآله وسلم (علماء امتى،
 كانبيا بنى اسرائيل) فان انبياء بنى اسرائيل كانت بايد يهيم الولاية ، اذ
 الانبياء خلفاء الله فى الارض ، فكذلك علماء الامة .

(وفى المرسلة المروية فى الفقه الرضوى : ان منزلة الفقيه فى هذا الوقت ،

كمنزلة الانبياء فى بنى اسرائيل .

وقوله عليه السلام ، فى نهج البلاغة : اولى الناس بالانبياء اعلمهم
بما جاءوا به ، ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه ، الآية .
وقوله (ص) ثلثا : اللهم ارحم خلفائى قيل ومن خلفائك ؟ يا رسول
الله قال الذين يأتون بعدى ، ويروون حديثى وسنتى .

كمنزلة الانبياء فى بنى اسرائيل) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث ، كالاتدلال بالحديث السابق .
(وقوله عليه السلام ، فى نهج البلاغة : اولى الناس بالانبياء اعلمهم
بما جاءوا به ، ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه ، الآية) .
والمفهوم من كون الاعلم اولى ، ان له ما كان للانبياء من المناصب
كقوله عليه السلام : نحن وبيت الله اولى بالنبى ، بمعنى انا واولى بمقامه
وما كان له ، من غيرنا ، ولذا نحن اولى بالخلافة من يزيد .
(وقوله "ص") الذى رواه فى قضاء الوسائل ، عن الصادق عليه السلام
عن امير المؤمنين عليه السلام ، عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ،
حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم : (ثلثا : اللهم ارحم خلفائى ، قيل و
من خلفائك ؟ يا رسول الله) الذين تترحم عليهم (قال الذين يأتون
بعدى ، ويروون حديثى وسنتى) .

ومن المعلوم : ان الخليفة له الصلاحية التى للمستخلف ، اما
خرج بالدليل ، والنبي كانت له الولاية ، فكذلك الفقيه و : السنة اعم
من الحديث ، لانها تشمل الفعل والتقريب — اذا قيلت بالحديث —

.....

وقوله (ع) فى مقبولة ابن حنظلة : قد جعلته عليكم حاكما .

وفى مشهورة ابى خديجة : جعلته عليكم قاضيا .

وقوله — عجل الله فرجه — : هم حجتى عليكم ، وانا حجة الله .

الى غير ذلك مما يظفر به المتتبع .

لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقها ، او صدرها ، او ذيلها ، يقتضى

بينما ظاهر الحديث القول فقط .

(وقوله "ع") اى الصادق عليه السلام (فى مقبولة) عمر (ابن حنظلة

قد جعلته عليكم حاكما) .

ومن المعلوم : ان الحاكم هو الذى له الولاية .

(وفى مشهورة ابى خديجة : جعلته عليكم قاضيا) .

ومن الواضح : ان القضاة كانوا يزاولون جملة من اعمال الولاية .

(وقوله — عجل الله فرجه — : هم حجتى عليكم ، وانا حجة الله) .

فان الظاهر : ان لهم ماله عليه السلام ، فكما انه حجة من قبل الله

فهم حجة من قبله ، فهو كما اذا قال الوالى عن قبل الملك للرعية :

زيد عن قبلى ، كما انا عن قبل الملك

فهم منه ان جميع صلاحيات الوالى موجودة لزيد .

(الى غير ذلك مما يظفر به المتتبع) فى كتاب القضاء من الوسائل ، و

المستدرک ، وغيرهما .

(لكن الانصاف) — حسب نظر المصنف ره — (بعد ملاحظة سياقها ، او

ذيلها ، يقتضى

الجزم بانها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الاحكام الشرعية ، لا كونهم كالنبي ، والائمة صلوات الله عليهم ، فى كونهم اولى الناس فى اموالهم فلو طلب الفقيه الزكاة ، والخمس ، من المكلف ، فلا دليل على وجوب الدفع اليه شرعا

الجزم بانها (الروايات المذكورة هنا) فى مقام بيان وظيفتهم (اى الفقهاء) (من حيث الاحكام الشرعية) اى بيان الاحكام (لا كونهم كالنبي والائمة صلوات الله عليهم ، فى كونهم اولى الناس فى اموالهم) ان كان المراد الولاية كالامام فنعم ، وان كان المراد ما ذكره المصنف ره فى طلب الخمس والزكاة ، فالظاهر من الادلة السابقة وجود مثل هذه الدلالة ويكفى فى الدلالة حديث العلل حتى مع قطع النظر عن غيره . وكيف كان فنظر المصنف انه (فلو طلب الفقيه الزكاة ، والخمس ، من المكلف ، فلا دليل على وجوب الدفع اليه شرعا) بل ما لو طلب ما لا لاجل حفظ الثغور ، او ما اشبه ، مما لم يكن بذله من الواجبات الابتدائية ، كالخمس ، والزكاة .

ومقابل هذا القول احتمال ان يكون للفقيه التصدى لكل امر يراه صلاحا مما لم يكن خارجا عن حوزة الشريعة ، حتى جعل ضرائب اضافية اذا رآى ذلك صلاحا ، ولكن بدون ان يكون ذلك قانونا ، بل امر وقتيا حسب المصلحة بنظر الفقيه .

والى هذا ذهب جمع من الفقهاء ، كالشيخ الاكبر فى اجازته لملك ايران حيث جوز له اخذ المال من الناس لحفظ دمائهم ، واموالهم

نعم : لو ثبت شرعا اشتراط صحة اداءهما بدفعه الى الفقيه

من الاعداء كما فى كشف الغطاء ، وكالسيد محمد سعيد الحبوبى حيث اجاز - فيما ينقل عنه - سخرة السفن بدون رضا اصحابها فى حالة حرب وقعت بين المؤمنين وغيرهم فى العراق ، الى غيرهما .

بل هذا : هو مقتضى قوله تعالى : ما على المحسنين من سبيل ، و المناط المستفاد من قتل المسلمين اذا تترس بهم الكفار ، وقتل الابرياء من اهل مدن الكفار ، اذا توقف التغلب على الحكومة العاتية على ذلك والافلا شك فى ان الاطفال واثالهم من الابرياء الذين كانوا فى بلاد خيبر وغيرها ، وذهب بعضهم ضحية الحرب لم يكونوا مستحقى القتل و الاسريانفسهم ، واذا جاز ذلك فى الانفس والاعراض ، جاز ذلك فى الاموال بطريق اولى .

والحاصل : ان مقتضى القاعدة ان يكون للفقيه ما كان للامام اما خرج بالدليل ، لانه مقتضى الخلافة لرسول الله ، وانهم حجة الامام ، كما ان الامام حجة الله ، وغيرهما من الادلة .

ولذا نستبعد وجوب الجهاد الابتدائى على الفقيه فيما كان واجبا على الرسول والامام .

ولهذا المبحث كلام طويل استدلالا واستشهادا بالادلة ، ويعمل الفقهاء ليس هنا مورد .

(نعم : لو ثبت شرعا اشتراط صحة اداءهما بدفعه الى الفقيه)

بان كان عمل الغير مشروطا بنظر الفقيه كاشتراط القصاص بنظره - كما

.....
 مطلقا وبعد المطالبة ، وافتى بذلك الفقيه ، وجب اتباعه ان كان ممن
 يتعين تقليده ابتداء ١٤١ ، او بعد الاختيار فيخرج عن محل الكلام .
 هذا مع انه لو فرض العموم فيما ذكر من الاخبار ، وجب حملها على ارادة
 الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته (ص) من

تقدم - (مطلقا) سواء طالب الفقيه ، ام لا (او بعد المطالبة) من
 الفقيه (وافتى بذلك) اى بهذا الاشتراط (الفقيه ، وجب اتباعه)
 بالدفع اليه ، او الصرف باجازته ، والالم يكن مأمونا عن العقاب (ان
 كان) الفقيه (ممن يتعين تقليده ابتداء ١٤١) بان كان صاحب الخمس و
 الزكاة عاميا ، ولم يكن فى الاحياء فقيه آخر ، او كان هذا المفتى اعلم ، و
 قلنا : بحرمة تقليد الميت وتعين تقليد الاعلم (او بعد الاختيار) فيما
 اذا كان هناك فقيهان متساويان ، فاختر احدهما ، وقلنا : بان
 التخيير ابتدائى لاستمرارى ، والاجاز العدول الى الفقيه الآخر
 القائل بعدم اشتراط صحة الاداء بنظر الفقيه (فيخرج) وجوب الاداء
 الى الفقيه ، فى هذا الحال : اى ما ذكرناه بقولنا : نعم ، . . ، (عن
 محل الكلام) لان الكلام فى وجوب الاداء الى الفقيه ، سواء قلده المالك
 ام لا ؟ وسواء طالبه ، ام لا ؟ وسواء كان نظر الفقيه وجوب الاداء
 اليه ، ام لا ؟ .

(هذا) وجه عدم ولاية الفقيه ، لعدم الدليل على ذلك (مع انه
 لو فرض العموم فيما ذكر من الاخبار ، وجب حملها) اى الاخبار
 (على ارادة) العام من (الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته) (ص) من

.....
 حيث كونه رسولا مبلغا والالزم تخصيص اكثر افراد العام لعدم سلطنة
 الفقيه على اموال الناس وانفسهم الا في موارد قليلة بالنسبة الى موارد
 عدم سلطنته .

حيث كونه رسولا مبلغا) في بيان المسائل ، والانذار ، والتخويف ، و
 الارشاد ، وما اشبه من شؤن الاحكام والتبليغ ، لامن شؤن الولاية و
 التولى (والا) فلو قلنا بعموم الاخبار لجميع انواع التولى (لزم تخصيص
 اكثر افراد العام) اى السلطنة العامة (لعدم سلطنة الفقيه على اموال
 الناس وانفسهم) فلاحق له في ان يأمر بعدم السفر ، وبعدم الإقامة
 وبتزويج البنت الى شخص خاص ، والولد الى بنت خاصة والاكتساب
 الخاص وعدم اكتساب خاص ، وزراعة خاصة ، وعمارة خاصة وعدم ما
 عداهما ، والسكنى في محل خاص ، واتخاذ مهنة خاصة ، الى غير ذلك
 من الشؤن الكثيرة المربوطة بالاموال والأنفس والأعراض معا للرسول و
 الامام الحق فيها قطعا بالضرورة والاجماع (الا في موارد قليلة) كاخذ
 الخمس ، والزكاة ، وما اشبه (بالنسبة الى موارد عدم سلطنته) .

لكن الانصاف : ان هذا الاشكال غير وارد .

اذ : الولاية منصرفة عن مثل تلك الامور ، اذا اراد الفقيه الامر و
 النهى اعتبارا ، فلا يكون له سلطة على اموال الناس وانفسهم ، كسلطة
 الولي بالنسبة الى مال العبد ونفسه .

اما اذا اراد الفقيه الامر والنهى والتولى حسب المصلحة ، فخرج

ذلك عن الادلة اول الكلام .

و بالجملة فاقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه ، كالامام ، الاما
خرج بالدليل ، دونه خرط القتاد .

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى : توقف تصرف الغير
على اذنه فيما كان متوقفا على اذن الامام (ع) و حيث ان موارد التوقف
على اذن الامام غير مضبوط ، فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها .
فنقول كل معروف علم من الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم
كونه وظيفة شخص خاص ، كنظر الاب فى مال ولده الصغير، او صنف

و الحاصل : ان الولاية المطلقة فى الاحكام و الاقضية والاعمال
باستثناء ما خرج قطعا ، لا يوجب خروج الاكثر .

بل الظاهر : انصراف الادلة عن مثل تلك الولاية الخاصة بالنبي والامام .
(و بالجملة فاقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه ، كالامام ، الاما
خرج بالدليل ، دونه خرط القتاد) اما ولايته بالمعنى الذى ذكرناها
فهو ظاهر الادلة — كما عرفت — .

(بقى الكلام فى ولايته) اى الفقيه (على الوجه الثانى اعنى : توقف
تصرف الغير على اذنه فيما كان متوقفا على اذن الامام "ع") كالتصاص و
الاقتصاص مثلا (و حيث ان موارد التوقف على اذن الامام غير مضبوط، فلا
بد من ذكر ما يكون كالضابط لها) اى لولاية الفقيه على الوجه الثانى .

(فنقول : كل معروف علم من الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم
شرعا) كونه وظيفة شخص خاص ، كنظر الاب فى مال ولده الصغير، او)
علم كونه وظيفة (صنف

.....
 خاص ، كالافتاء والقضاء او كل من يقدر على القيام به كالامر بالمعروف
 فلا اشكال فى شئ من ذلك ، وان لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطا
 فى وجوده او وجوبه بنظر الفقيه ، وجب الرجوع فيه اليه .
 ثم ان علم الفقيه من الادلة جواز توليه لعدم اناطته بنظر خصوص
 الامام ، او نائبه الخاص تولاه مباشرة ، او استنابة ،

خاص ، كالافتاء والقضاء) الذين هما وظيفتا المجتهد والقاضى (او)
 علم كونه وظيفة (كل من يقدر على القيام به) من المسلمين (كالامر
 بالمعروف) وارشاد الجاهل (فلا اشكال فى شئ من ذلك) فى كونه
 ليس مشروطا بنظر الفقيه (وان لم يعلم ذلك) اى كونه وظيفة لشخص ،
 او صنف ، او كل من يقدر (واحتمل كونه مشروطا فى وجوده) كالقصاص
 (او وجوبه) كالامر بالمعروف الموجب لجرح التارك - مثلا - (بنظر
 الفقيه ، وجب الرجوع فيه) اى فيما احتمل كونه مشروطا (اليه) اى الى
 الفقيه فيما كان الاحتمال عن منشاء شرعى بان لم يكن هناك اطلاق ، او
 عموم ، او براءة تقتضى عدم الاشتراط .

(ثم) ان رجوع مريد العمل الى الفقيه لاستحصال الاذن ، ف (ان
 علم الفقيه من الادلة جواز توليه) لذلك المعروف - كالاقتصاص من
 مال الماثل - (لعدم اناطته) اى تولى ذلك المعروف (بنظر
 خصوص الامام ، او نائبه الخاص) الذى عينه الامام بالاسم ، مقابل
 النائب العام الذى عينه بقوله عليه السلام : اما الحوادث الواقعة ،
 (تولاه) الفقيه (مباشرة) بنفسه (او استنابة) بأخذ نائب لتولى ذلك

.....
ان كان ممن يرى الاستنابة فيه ، و الا عطله .

فان كونه معروفا ، لا ينافى اناطته بنظر الامام عليه السلام والحرمان عنه عند فقده كسائر البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه .
و مرجع هذا الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده او وجوده من موجد خاص .

اما وجوب الرجوع الى الفقيه فى الامور المذكورة

الامر (ان كان) الفقيه (ممن يرى) جواز (الاستنابة فيه ، و الا) يعلم الفقيه جواز توليته (عطله) و لم يقم به .
(ف) ان قلت : كيف يكون الامر معروفا ، و مع ذلك يجوز تعطيله .

قلت : (ان كونه معروفا ، لا ينافى اناطته بنظر الامام عليه السلام) بالخصوص (و الحرمان عنه عند فقده) عليه السلام (كسائر البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه) كبركة العلوم ، و بركة الارض ، و السماء و بركة تكميل النفوس و العقول .

(و مرجع هذا) اى ما لا يعلم الفقيه جواز توليته (الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده) اى وجود ذلك المعروف ، سواء كان باذن الامام ام لا ؟ (او وجوده من موجد خاص) فالاصل عدم الجواز ، لما تقدم من اصاله عدم نفوذ كل تصرف شك فى نفوذه و لم يكن هناك دليل يدل على جوازه .

(اما وجوب الرجوع الى الفقيه فى الامور المذكورة) اى ما احتمل

فيدل عليه مضافا الى ما يستفاد من جعله حاكما كما فى مقبولة ابن حنظلة
الظاهرة فى كونه كسائر الحكام المنصوبة فى زمان النبى (ص) والصحابة
فى الزام الناس بارجاع الامور المذكورة اليه ، والانتهاء فيها الى نظره
بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع فى الامور العامة
المطلوبة للسلطان اليه و الى ما تقدم من قوله عليه السلام : مجارى الامور
بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه ، والتوقيع المروى فى اكمال الدين

كونه مشروطا فى وجوده ، او وجوبه بنظر الفقيه (فيدل عليه مضافا الى ما
يستفاد من جعله حاكما) من قبل الامام عليه السلام (كما فى مقبولة ابن
حنظلة الظاهرة) تلك المقبولة (فى كونه) اى الفقيه (كسائر الحكام
المنصوبة فى زمان النبى (ص) والصحابة فى الزام الناس) كلمة : فى ،
متعلق ب : كسائر ، اى كون الفقيه شبيها بسائر الحكام ، فى ان الناس
ملزمون من قبل الشارع (بارجاع الامور المذكورة) اى ماشك فى كونه
مشروطا بنظر الفقيه (اليه) اى الى ذلك الحاكم (والانتهاء فيها) اى
فى تلك الامور (الى نظره) حتى لا يجوز بدون اخذ نظره (بل المتبادر
عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب) فاعل : المتبادر ، (الرجوع فى
الامور العامة المطلوبة للسلطان اليه) اى الى ذلك الحاكم (و الى ما
تقدم) عطف على : مضافا الى ما يستفاد (من قوله عليه السلام : مجارى
الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه) حيث دل على عدم
جواز جرى الامور الا باذنهم (و) مضافا الى (التوقيع المروى فى اكمال
الدين) للصدوق

وكتاب الغنية ، واحتجاج الطبرى فى جواب مسائل اسحق بن يعقوب التى ذكرانى سئلت العمرى منه ان يوصل الى صاحب عجل الله فرجه كتابافيه تلك المسائل التى قد اشكلت عليّ فورّد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام فى اجوبتها - وفيها - واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا ، فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله فان المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الامور التى لا بد من الرجوع فيها عرفا ، او عقلا ، او شرعا الى الرئيس مثل النظر فى

(وكتاب الغنية ، واحتجاج الطبرى فى جواب مسائل اسحق بن يعقوب التى) صفة مسائل (ذكرانى سئلت العمرى منه) احد وكلاء الامام الحجة عجل الله فرجه (ان يوصل الى صاحب عجل الله فرجه كتابافيه تلك المسائل التى قد اشكلت على) والمسائل مجهولة عندنا لانها لم تذكر فى كتب الروايات (فورّد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام فى اجوبتها - وفيها -) اى فى جملة تلك الاجوبة (واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا ، فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث لاجل وجوب الرجوع الى الفقهاء ما ذكره بقوله : (فان المراد بالحوادث ظاهرا) حيث لا قرينة تصرف ظهور الجمع المحلى باللام فى العموم (مطلق الامور التى لا بد من الرجوع فيها عرفا) كاصلاح الطرق ، وبناء المدارس ، والمساجد لاجل البلاد الجديدة البناء (او عقلا) كالمعاهدات الدولية ، وقضايا السلم و الحرب (او شرعا) كالا مثله التى يذكرها المصنف (الى الرئيس مثل النظر فى

.....

اموال القاصرين لغيبه ، او موت ، او صغر ، او سفه .

واما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه .

منها : ان الظاهر وكول نفس الحادثة اليه ليباشر امرها واستنابة

لا الرجوع في حكمها اليه .

اموال القاصرين (الذين كان قصورهم (لغيبه ، او موت ، او صغر ، او سفه) .

وانما جعلنا هذه الامثلة من الشرعى لان الشارع هو الذى فرض هذه الامور الى الرئيس ، والا فالعقل والعرف لا يمنعان قيام ثقة من المربوطين بالقاصر - ربطا بسبب القرابة او الصداقة او الجوار - بالنظر فى اموال القاصر .

(واما تخصيصها) اى : الحوادث ، الموجودة فى الرواية (بخصوص المسائل الشرعية) بان يقال : المراد رجوع الشخص فى مسائل الحلال والحرام الى الفقيه (فبعيد) جدا (من وجوه) .

(منها) اى من وجوه البعد (ان الظاهر وكول نفس الحادثة اليه) اى الى راوى الحديث (ليباشر امرها) اى يباشر الفقيه امر تلك الحادثة (مباشرة) بنفسه (او استنابة) بان يأخذ نائباً لذلك (لا الرجوع فى حكمها) اى حكم تلك الحادثة (اليه) اى الى الفقيه ، فان الامام عليه السلام قال : فارجعوا فيها ، ولم يقل : فى حكمها .

والعبارة الاولى تناسب نفس الواقعة مما هو شأن الوالى .

والثانية تناسب حكم الواقعة مما هو شأن الفقيه .

ومنها : التعليل بكونهم حجتى عليكم وانا حجة الله ، فانه انما يناسب الامور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولاه الامام من قبل نفسه لانه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الامام والا كان المناسب ان يقول : انهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بانهم أمناء الله على الحلال والحرام .

(ومنها : التعليل) لرجوع الناس الى الفقهاء (بكونهم حجتى عليكم وانا حجة الله ، فانه) اى هذا التعليل (انما يناسب الامور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر) فان الحجة انما يرجع اليه لاختد رأيه ، لالينقل حكم الله .

وتوضيحه ما ذكره بقوله (فكان هذا) الرجوع لاجل اخذ النظر والرأى (منصب ولاه الامام من قبل نفسه) اى نفس الامام (لانه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الامام) حتى يكون اقرب الى كونه بيان الحكم فقط (والا) فلو كان واجبا من قبل الله (كان المناسب ان يقول) الامام عليه السلام فى تعليل وجوب الرجوع اليهم (انهم حجج الله عليكم) لان الوجوب من قبله تعالى يلائم كونهم حججه ، لا كونهم حجج الامام ، فانه لا يربط للامام بالموضوع حينئذ (كما وصفهم) اى الامام عليه السلام (فى مقام آخر) حيث كان بصد د بيان الاحكام (بانهم أمناء الله على الحلال والحرام) فانهم أمناء من قبله تعالى ، لا من الامام ، اذ : الله تعالى حملهم بيـــــان الاحكام .

ومنها : ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية الى العلماء

الذى هو من بديهيات الاسلام من السلف الى الخلف معالم يكن يخفى على مثل اسحق بن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى احد ونظره ، فانه يحتمل ان يكون الامام (ع) قد وكله فى غيبته الى شخص او اشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان .

والحاصل : ان الظاهر ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه

(ومنها : ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية الى العلماء

الذى هو من بديهيات الاسلام) بل من بديهيات العقلاء ، حيث يرجع كل جاهل الى العالم ، سواء فى الامور الدينية ، او الدنيوية (من السلف الى الخلف معالم يكن يخفى على مثل اسحق بن يعقوب) فى فضله ونبله (حتى يكتبه) الى الامام عليه السلام (فى عداد مسائل اشكلت عليه) كما فى صدر الحديث (بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى احد ونظره ، فانه) مشكل يستل عنه الفاضل وغيره .

اذ : (يحتمل ان يكون الامام (ع) قد وكله فى غيبته الى شخص ، او اشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان) اى حال الغيبة .

(والحاصل) فى وجه استدلال نيابة الفقيه العامة ، بهذا الحديث

(ان الظاهر ان لفظ الحوادث) الوارد فى كلام الامام عليه السلام (ليس مختصا بما اشتبه حكمه) حتى يكون مربوطا بببيان

الاحكام ،

ولا بالمنازعات •

ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع ، وبين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع فى كل معروف لكل احد مثل قوله عليه السلام : كل معروف صدقه ، وقوله عليه السلام : عون الضعيف من افضل الصدقة ، وامثال ذلك

(ولا بالمنازعات) حتى يكون مربوطا بالقضاء •

بل هو جمع محلى باللام ، ظاهره العموم لكل شئ ، الشامل للامور العامة •

ومن العلوم : اذا جاز الرجوع اليهم وجب ، كما انه اذا وجب الرجوع اليهم كان لهم التصدى ، و اذا كان لهم التصدى ، وجب •
اما القول بان اللام فى : الحوادث ، للعهد المذكور فى السؤال وحيث لا يعرف السؤال ، فهو مجمل يجب ان يؤخذ بالقدر المتيقن منه اذا كان له قدر متيقن ، فلا يخفى ما فيه فانه مهما كان السؤال فالظاهر من الجمع المحلى باللام العموم •

هذا بالاضافة الى ظهور صفة الحوادث بالواقعة ، العموم كما لا يخفى و الكلام فى ذلك قوى وحيث كان خارجا عن مقصد الشرح اضربنا عنه •

(ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع ، وبين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع فى كل معروف لكل احد) كقوله تعالى : ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ، وقوله تعالى : ما على المحسنين من سبيل ، و (مثل قوله عليه السلام : كل معروف صدقه ، وقوله عليه السلام : عون الضعيف من افضل الصدقة ، وامثال ذلك) مما ظاهره جواز تصدى كل

وان كانت عموما من وجه الا ان الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها .
 و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع الى الامام (ع) او
 نائبه في الامور العامة التي يفهم عرفاد خولها تحت الحوادث الواقعة و
 تحت عنوان الامر في قوله تعالى : اولى الامر

احد للامور العامة (و ان كانت عموما من وجه) .
 لان كل معروف صدقة - مثلا - خاص من جهة لزوم كونه معروفا عند
 الناس عام من جهة مكان كونه حادثا او غير حادث .
 بخلاف اما الحوادث الواقعة ، فانها خاصة بما يحدث ، عامة من
 حيث ان يكون معروفا لدى الناس مما يعرف حسنه العامة ام لا ؟ فتأمل
 (الا ان الظاهر) من الفهم العرفي في الجمع بين الحدين (حكومة
 هذا التوقيع عليها) اى على تلك العمومات .
 ان : ظاهر الحديث ان الحق خاص بالفقيه ، فبدون اذنه ، يكون
 تصرف الغير خارجا عن كونه معروفا .

(و كونها) اى حكومة التوقيع (بمنزلة المفسر الدال على وجوب
 الرجوع الى الامام (ع) او نائبه في الامور العامة) سواء كان عاما بمعنى
 الشمول ، كقضايا الحرب والسلم ، او عاما بمعنى الكلى الذى له افراد
 كادارة اموال القاصرين (التى يفهم عرفاد خولها) اى دخول تلك
 الحوادث العامة (تحت الحوادث الواقعة) المذكورة في التوقيع (وتحت
 عنوان الامر في قوله تعالى : اولى الامر) حيث قال : اطعوا الله و
 اطعوا الرسول و اولى الامر منكم ، فان الظاهر ان : الحوادث العامة

وعلى تسليم التنزل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين الى
اصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الامر
هذا .

لكن المسئلة لا تخلو عن اشكال وان كان الحكم به مشهوريا و

داخله فى عنوان : الامر ، فلها اصحاب خاصون يجب على الناس الرجوع
اليهم فيها .

وعلى هذا الذى ذكرنا لا يقال : بانه على تقدير دلالة التوقيع يقع
التعارض بينه وبين عون الضعيف وما شبهه ، فيتساقتان ويكون المرجع
اصالة عدم نفوذ اعمال الفقيه .

(وعلى) تقدير (تسليم التنزل عن ذلك) اى حكومة التوقيع على
احاديث عون الضعيف ، وما شبهه (فالمرجع بعد تعارض العمومين)
عون الضعيف ، والتوقيع (الى اصالة عدم مشروعية ذلك المعروف)
كتصدى امر الاوقاف والقاصرين — مثلا — (مع عدم وقوعه عن رأى ولى
الامر) وليس المرجع عدم نفوذ رأى ولى الامر ، اذ لا بد من ادارة ذلك
الحادث فاما ان يديره ولى الامر او غيره (هذا) فتمام الكلام فى وجه
ولاية الفقيه .

(لكن المسئلة لا تخلو عن اشكال) لاحتمال ان يكون اللام فى :
الحوادث ، العهد الذكري او ان يكون احكام الحوادث ، لانفس الحوادث
(وان كان الحكم به) اى بان الفقيه له ولاية (مشهوريا) بين الفقهاء (و

على اى تقدير فقد ظهر مما ذكرنا ان ما دل عليه هذه الادلة هو ثبوت
الولاية للفقهاء فى الامور التى يكون مشروعيتها ايجادها فى الخارج
مفروغا عنها ، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية
واما ما يشك فى مشروعيتها كالحودود لغير الامام ، وتزويج الصغيرة
لغير الاب والجد و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه ، و
فسخ العقد الخيارى عنه وغير ذلك ، فلا يثبت من تلك الادلة مشروعيتها

على اى تقدير) سواء قلنا : بولاية الفقيه ، ام لا ؟ (فقد ظهر مما ذكرنا
ان ما دل عليه هذه الادلة) التى ذكرت لولاية الفقيه (هو ثبوت الولاية
للفقيه فى الامور التى يكون مشروعيتها ايجادها فى الخارج مفروغا عنها)
ان علمنا ان الشارع يريد ايجادها فى الخارج بكل صورة (بحيث لو فرض عدم الفقيه
كان على الناس القيام بها كفاية) كحفظ اموال القاصرين وتجهيز الجنائز التى
لاولى لها ، وادارة مصالح الوقف الذى لا متولى خاص له ، وما شابه ،
مما يسمى بالامور الحسبية اى التى يؤتى بها حسبة اى قرينة الى الله
من الاحتساب والحساب فى الامور العائدة الى الله تعالى .

(واما ما يشك فى مشروعيتها كالحودود لغير الامام ، وتزويج
الصغيرة) او الصغير (لغير الاب والجد) اللذين هما وليان شرعيان
(و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه) اذا كان صلاحا (وفسخ
العقد الخيارى عنه) اى عن الغائب فيما كان الفسخ صلاحا (وغير ذلك)
كالحرب الابتدائية لاجل الدعوة الى الاسلام (فلا يثبت من تلك
الادلة) التى ذكرت لولاية الفقيه (مشروعيتها

.....

للفقيه ، بل لابد للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر .

نعم : الولاية على هذه ، وغيرها، ثابتة للامام (ع) بالادلة المتقدمة

المختصة به ، مثل : آية اولى بالناس من انفسهم .

وقد تقدم ان اثبات عموم نيابة الفقيه عنه فى هذا النحو من الولاية

على الناس ليقصر فى الخروج عنه على ماخرج بالدليل ، دونه خرط

القتاد .

للفقيه ، بل لابد للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر) اذا كان

هناك دليل آخر من عقل او نقل .

(نعم : الولاية على هذه) الامور المذكورة (وغيرها) من سائر

الامور العامة (ثابتة للامام "ع") قطعاً (بالادلة المتقدمة المختصة) تلك

الادلة (به) اى بالامام غير المتعدية الى الفقيه (مثل آية اولى بالناس

من انفسهم) وهى قوله تعالى : النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم ،

بضميمة ان الامام كالنبى فى هذه الشؤن بآية : انفسنا، وغيرها من الادلة .

(وقد تقدم ان اثبات عموم نيابة الفقيه عنه فى هذا النحو من الولاية

على الناس ليقصر) اى حتى يقتصر (فى الخروج عنه) اى عن عموم

النيابة (على ما خرج بالدليل) فيكون المحكم اصالة النفوذ ، لا اصالة

عدم النفوذ (دونه خرط القتاد) .

والحاصل ان كلما لابد منه للفقيه الولاية فيه ، وكلما ليس كذلك

فاصالة عدم نفوذ ولاية الفقيه محكمة .

وبالجملة : فهيهنا مقامان ، احدهما : وجوب ايكال المعروف المأذون فيه اليه ليقع خصوصياته عن نظره ، ورأيه ، كتجهيز الميت الذى لاولى له ، فانه يجب ان تقع خصوصياته من تعيين الغاسل ، و المغسل ، وتعيين شئ من تركته للكنف ، وتعيين المدفن عن رأى الفقيه .
 الثانى : مشروعية تصرف خاص فى نفس ، او مال ، او عرض ، و الثابت بالتوقيع ، وشبهه هو الاول دون الثانى وان كان

(وبالجملة : فهيهنا مقامان ، احدهما : وجوب ايكال المعروف المأذون فيه) فى قوله عليه السلام : كل معروف صدقة (اليه) اى الى الفقيه ، حتى انه لا يجوز التصرف الا باجازة الفقيه (ليقع خصوصياته) اى خصوصيات ذلك المعروف الفردية (عن نظره ، ورأيه) وان كان اصل المعروف فى الجملة جائز لكل احد (كتجهيز الميت الذى لاولى له ، فانه يجب ان تقع خصوصياته من تعيين الغاسل ، والمغسل) اى محلل الغسل (وتعيين شئ) خاص (من تركته) كنقود الميت (للكنف ، وتعيين المدفن) والمضى على الميت ، وما شبه ذلك (عن رأى الفقيه) عن متعلق ب : تقع ، .

(الثانى : مشروعية تصرف خاص فى نفس) كاجراء الحد ، واقامة القصاص (او مال) كبيع اموال القاصر (او عرض) كعقد الصغير الذى لاولى له (والثابت بالتوقيع ، وشبهه) من الاخبار المتقدمة (هو الاول) بان يرجع الى الفقيه فيما علم ان الشارع يريد ، كتجهيز الميت (دون الثانى) فلا يجوز تلك التصرفات للفقيه ، كما لا يجوز لغيره (وان كان

.....
الافتاء فی المقام الثانی بالمشروعية وعدمها ایضاً من وظیفته ، الا ان المقصود عدم دلالة الادلة السابقة على المشروعية .

نعم : لو ثبت ادلة النيابة عموماً ، ثم ما ذکرتم انه قد اشتهر فی الالسن و تداول فی بعض الكتب رواية : ان السلطان ولی من لا ولی

الافتاء فی المقام الثانی بالمشروعية ، وعدمها) ای انه هل تشرع هذه التصرفات التي هي من القسم الثانی ؟ اولاً تشرع (ایضاً من وظیفته) كما ان الاذن فی القسم الاول من وظیفته ، اذ : لا یستنبط الجواز او العدم الا الفقیه .

وقوله : « وان كان » ، مقدمة لدفع الدخول المقدر ، وهو : ان الافتاء بالجواز ، وعدم الجواز من شأن الفقیه فمافائدة كلامهم ایها الشیخ فی انه یجوز او لا یجوز اذ : الفقیه ان رای جوازه تصرف ولا ینفعه كلامكم بانه لا یجوز ، وان رای عدم جوازه لم یتصرف ، وان كان رایکم — على حسب الفرض — الجواز .

والجواب ما ذكره المصنف بقوله : (الا ان المقصود) من بحثنا نحن فی انه هل یجوز تصرف الفقیه فی القسم الثانی ، ام لا ؟ بهان (عدم دلالة الادلة السابقة على المشروعية) لتصرف الفقیه .

(نعم : لو ثبت ادلة النيابة عموماً) ای ما دل على : ان العلماء ورثة الانبیاء ، وانهم خلفاء الرسول ، وما شبه (تم ما ذکر) من ولا یستنبط الفقیه مطلقاً (ثم انه قد اشتهر فی الالسن و تداول فی بعض الكتب) غیر الكتب الاربعة ، وما شبه (رواية : ان السلطان ولی من لا ولی

.....

له ، وهذا ايضا بعد الانجبار سندا ، او مضمونا ، يحتاج الى ادلة عموم
النيابة .

وقد عرفت : ما يصلح ان يكون دليلا عليه ، وانه لا يخلو عن وهن
فى دلالة ، مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين فى باب

له ، وهذا) الحديث (ايضا) كالا حاديث السابقة (بعد الانجبار سندا)
اذا كان سنده ضعيفا ، وقد نقل باللفظ (او مضمونا) اذا كان نقل بالمعنى
بان كان لفظ الامام بغير هذه الصورة ، وانما الراوى نقله بهذه
الصورة ، فانه اذا نقل الراوى الحديث بالمعنى احتاج العمل به الى
الانجبار ، لعدم معلومية افادة المضمون نفس مفاد كلام الامام .

وقوله : او مضمونا ، انما هو على سبيل منع الخلو ، ومعناه : ان
الحديث محتاج الى الانجبار فى الجملة ، لان سنده غير معلوم ، ومتمنه
ايضا غير معلوم انه لفظ الامام عليه السلام (يحتاج
الى ادلة عموم النيابة) اذا المنصرف من (السلطان)
هو النبى والامام الاصل ، فاذا ثبتت نيابة الفقيه مطلقا
عنهم عليهم السلام يشمل اطلاق : ولى من لا ولى له ، للفقيه ، والا فلا .

(وقد عرفت : ما يصلح ان يكون دليلا عليه) اى على عموم النيابة
(وانه) اى هذا الحديث (لا يخلو عن وهن) وضعف ، (فى دلالة)
كلمه : وانه ، عطف على : وقد عرفت ، (مع قطع النظر عن) الوهن
فى (السند) لانه مرسل غير مذكورة فى الكتب المعتمدة للحديث
(كما اعترف به) اى بالوهن (جمال المحققين فى باب

.....
الخمس بعد الاعتراف بان المعروف بين الاصحاب كون الفقهاء نواب
الامام .

ويظهر من المحقق الثانى ايضا فى رسالته الموسومة بقاطع اللجاج
فى مسئلة جواز اخذ الفقيه اجرة اراضى الانفال من المخالفين ، كما يكون
ذلك للامام عليه السلام اذا ظهر (ع) للشك فى عموم النيابة ، وهو فى محله .
ثم : ان قوله بمن لاولى له فى المرسله المذكوره ليس مطلق من لاولى له

الخمس بعد الاعتراف) اى بعد ان اعترف نفس جمال المحققين (بان
المعروف بين الاصحاب كون الفقهاء نواب الامام) فليس توهينه للحديث
من باب انه ليس بقابل بالنيابة ، بل من باب انه يورى ضعف الحديث بالفتاوى .
(و يظهر) كون هذا الحديث موهونا (من المحقق الثانى ايضا فى
رسالته الموسومة بقاطع اللجاج فى مسئلة جواز اخذ الفقيه اجرة اراضى
الانفال) التى هى للامام عليه السلام (من المخالفين) لانهم عليهم -
السلام انما اباحوا مالهم لشيعتهم ، اما غير الشيعة فتصرفه فى الارض
لا يجوز ، الا باذن الفقيه الذى هو نائب عنهم (كما يكون ذلك للامام
عليه السلام) اخذ الاجرة (اذا ظهر ع) .

وانما يظهر من المحقق الثانى الوهن فى الاستدلال بهـذا
الحديث (للشك فى عموم النيابة) للفقيه (وهو) اى الشك (فى محله)
لما عرفت .

(ثم : ان قوله بمن لاولى له فى المرسله المذكوره ليس مطلق من
لاولى له) .

.....
 بل المراد عدم الملكة ، يعنى انه ولى من من شأنه ان يكون له ولى ، بحسب
 شخصه ، او صنفه ، او نوعه ، او جنسه ،

فالمصنف فى هذا الكلام فى مقام بيان امرين .

الاول - النسبة بين هذه المرسله وبين التوقيع .

الثانى - فى مقام بيان مفاد المرسله .

اما الاول - فالنسبة عموم من وجه اذ مادة الاجتماع كون الحادثة
 مشروعة و مصلحة للمولى عليه ، و مادة افتراق المرسله من التوقيع كون
 الحادثة مصلحة للمولى عليه مع الشك فى مشروعيتها - بقطع النظر عن
 المرسله التى هى تثبيت الشرعية - ، و مادة افتراق التوقيع كون الحادثة
 غير مصلحة مع مشروعيتها .

اما الثانى - و هو مفاد المرسله و هو ما تكلم حوله و لخصه اخيرا
 بقوله : فمحصله (بل المراد عدم الملكة) الملكة عبارة عن الوجود الخاص ،
 و يسمى ملكة ، لاجل ان محلها ، او ماهيتها تملك ذلك الوجود ، بخلاف
 مطلق الوجود ، فانه لا يسمى ملكة (يعنى انه ولى من من شأنه ان يكون
 له ولى ، بحسب شخصه ، او صنفه ، او نوعه ، او جنسه) الشخص كزيد
 و الصنف كالزنجى ، و النوع كالانسان ، و الجنس كالحيوان .

و عدم الملكة دائما يجب ان يكون له محل قابل من هذه الامور
 الاربعة .

مثلا : اذا كان شخص زيد مورد الان يكون له نفسية رفيعة ، ثم
 لم تكن له ذلك ، كان عدم النفسية عدم ملكة بالنسبة اليه ، .

.....
فيشمل الصغير الذى مات ابوه ، و المجنون بعد البلوغ ، و الغائب ، و
المتنع و المريض ،

و اذا كان صنف الزنجى مقتضيا للسواد ، ثم كان زنجى ابيض ، كان
عدم السواد عدم ملكة بالنسبة اليه .

و اذا كان نوع الانسان مقتضيا لان يكون متكلم ، ثم كان فردا اخرس
كان عدم التكلم عدم ملكة بالنسبة اليه ، و اذا كان جنس الحيوان مقتضيا
لان يكون حساسا ، ثم كان فرد من الحيوان غير حساس ، كان عدم الحس
عدم ملكة بالنسبة اليه .

ففى المقام اذا كان شخص مقتضى القاعدة ان يكون له ولى خاص
ثم لم يكن له ولى ، كان السلطان وليا له (فيشمل الصغير الذى مات
ابوه — و هذا مثال للصنف — و لم يمثل للشخص لانه ليس لنا مورد تكون
الولاية على شخص الانسان بحيث لا تتعدى الى غيره .

و باقى الامثلة — باستثناء المثال الاخير : اى قاطبة المسلمين —
امثلة للنوع ، اذ : نوع الانسان القاصر ما ينبغى ان يكون له ولى ، فاذا
لم يكن له ولى خاص ، كانت الولاية للسلطان .

اما المثال الاخير : فهو مثال للجنس ، اذ : جنس الحى الذى له
مصلحة لا يتمكن من الوصول اليها ينبغى ان يكون له ولى ، فتدبر ، (و
المجنون بعد البلوغ) اذ المجنون قبل البلوغ ولايته لابييه و جده (و
الغائب) الذى توقفت مصلحة له على التصرف فى ماله مثلا (و المتنع)
عن اداء الحق (و المريض) الذى لا يتمكن من ادارة اموره بنفسه ، او

والمغنى عليه ، و الميت الذى لا ولى له ، و قاطبة المسلمين ، اذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة ، و الموقوف عليهم فى الاوقاف العامة ، ونحو ذلك .
لكن يستفاد منها ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور و هو الاذن فى فعل كل مصلحة لهم ، فنثبت بها

وكيل (و المغنى عليه) و شارب المنوم ، و من اشبهه (و الميت الذى لا ولى له) اذ : لو كان له ولى فلا تصل النوبة الى الحاكم الشرعى (و قاطبة المسلمين ، اذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة) اى قهرا (و الموقوف عليهم فى الاوقاف العامة) كالمساجد ، و القناطر ، و ما شبهه (ونحو ذلك) من الامور الصنفية ، و النوعية ، و الجنسية ، فان السلطان يتولى شؤونها (لكن يستفاد منها) اى من المرسلات (ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور و هو الاذن فى فعل كل مصلحة لهم) بيننا سابق ان التوقيع انما يدل على مراجعة الغير الى الفقيه ، لان للفقيه ان يتصرف فى كل شؤن الناس .

اما ان التوقيع لا يستفاد منه ذلك ، لانه قال : فارجعوا فيه الى رواية حديثنا ، و لم يتعرض لتصدى الفقيه بنفسه امور الناس .
واما ان المرسلات : يستفاد منها ذلك ، لانها قالت : ولى من لا ولى له .
و من المعلوم : ان الولى يتصرف فى شؤن المولى عليه سواء راجعه المولى عليه ، ام لا .

واما تخصيص ذلك ب : المصلحة ، فلظهور : ولى من ، فى حذف : اللام ، بين المضاف والمضاف اليه ، واللام ، يفيد المصلحة (فنثبت بها) اى

مشروعيته مالم تثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين .

نعم : ليس له فعل شئ لا يعود مصلحته اليهم ، وان كان ظاهر (الولى) يوهم ذلك ، اذ بعد ما ذكرنا من ان المراد بـ « من لولى له من من شأنه ان يكون له ولى » يراد به كونه ممن ينبغي ان يكون له من يقوم بمصالحه ، لا بمعنى انه ينبغي ان يكون عليه ولى له عليه ولاية الاجبار ،

بالمرسلة (مشروعيته مالم تثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم) .
وعليه : (فيجوز له) اى للفقيه (القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين) كالايتام ، والمجانين ، والقصر ، وغيرهم — وهما مورد افتراق المرسلة عن التوقيع — .

(نعم) هذا بيان لاعمية التوقيع عن المرسلة ، فمادة الافتراق من جانب التوقيع (ليس له) اى للولى (فعل شئ لا يعود مصلحته اليهم) بخلاف التوقيع ، اذ لا دلالة فيه على كون ما يرجع الى الفقيه فيه يلزم ان تكون مصلحة (وان كان ظاهر « الولى » يوهم ذلك) اى ان للولى فعل مالا مصلحة لهم فيه — لان لفظ الولى شامل للتولى مطلقا مصلحة ام لا — .
وانما نقول : ليس له فعل شئ . . الخ ، (اذ بعد ما ذكرنا من ان المراد بـ « من لولى له من من شأنه ان يكون له ولى » يراد به) اى بالولى (كونه ممن ينبغي ان يكون له من يقوم بمصالحه) وهذا معناه عمل ما فى مصلحة المولى عليه (لا بمعنى انه ينبغي ان يكون عليه ولى له عليه ولاية الاجبار ،

بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه .

والحاصل : ان الولي المنفى هو الولي للشخص ، لا عليه ، فيكون المراد بالولي الميثب ذلك ايضا ، فمحصله : ان الله جعل الولي الذي يحتاج اليه الشخص ، وينبغي ان يكون له ، هو السلطان ، فانهم .

بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه) كما يعضى تصرف الحاكم على من يجرى عليه حدا ، او تعزيرا ، او قصاصا ، او بيعا لماله ، او ما شبه مما هو ضرر عليه ، و ان كان فيه مصلحة العموم والنظام - مثلا - .

(والحاصل : ان الولي المنفى) في قوله عليه السلام : من لا ولى له ، (هو الولي للشخص ، لا) الولي (عليه) او الاعم من : له ، و : عليه ، (فيكون المراد بالولي الميثب) في قوله : السلطان ولى ، وذلك للتقابل بين النفي والاثبات (ذلك) الولي للنفع (ايضا ، فمحصله : ان الله جعل الولي الذي يحتاج اليه الشخص ، وينبغي ان يكون) الولي (له هو السلطان) « السلطان » مفعول ثان لـ « جعل » (فانهم) فان « اللام » في « له » انما يراد به النفع اذا كان في مقابل : عليه ، كما لو قيل : انا لك وزيد عليك ، اما اذا اطلق احدهما فقط فليس اكد لك ، ولذا اتقول : السلام عليك ، خصوصا وان : له ، بقرينة الولي وبقرينة السلطان ظاهرا في التولى فقط ، وانما جئ باللام للاصاق .

ويمكن ان يكون فانهم اشارة الى الاشكال في ما ذكره من عدم عموم ولاية الفقيه ، خصوصا بعد فهم الفقهاء ذلك من الادلة وجريان عمل الغالب منهم على ذلك بالاضافة الى الوجه الاعتباري وهو لزوم نقض

الغرض ، فان عدم صلاحية الفقيه يوجب تصرف غيرهم و تصدى
الباقى كما لا يخفى .

وعلى اى حال فالذى يستظهر من النصوص ان الفقيه له الولاية
المطلقة باستثناء ما كان خاصا بالامام ، ومراجعة تاريخ الفقهاء ترشد
الى انهم فيما كانت الظروف تتاح لهم ، كانوا يزاولون الولاية
المطلقة فى مختلف الشؤون الدنيوية .

مسئلة

فى ولاية عدول المؤمنين ، اعلم : ان ماكان من قبيل ما
ذكرنا فيه ولاية الفقيه ، و هو ماكان تصرفا مطلوب الوجود للشارع ، اذا كان
الفقيه متعذر الوصول ، فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين لان المفروض
كونه مطلوب للشارع غير مضاف الى شخص .
و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط ، بفرض التعذر .

(مسئلة : فى ولاية عدول المؤمنين ، اعلم : ان ماكان من قبيل ما
ذكرنا فيه) الضمير عائد الى : ما ، (ولاية الفقيه) مفعول ذكرنا (و هو ما
كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع) كتجهيز الاموات ، و ادارة امور
القاصرين (اذا كان الفقيه متعذر الوصول) اليه ، كما لو كانوا فى برية و
مات احدهم حيث لا يمكن ارجاء امره الى حين الوصول الى الفقيه
(فالظاهر جواز توليه) و التصدى له (لآحاد المؤمنين) .
و انما قلنا : الظاهر ، (لان المفروض كونه مطلوب للشارع غير مضاف
الى شخص) خاص .

(و) ان قلت : ان الشارع اعتبر نظارة الفقيه حسب ما تقدم مسن
الادلة .

قلت : (اعتبار نظارة الفقيه فيه) فى هذا الشئ المطلوب للشارع
(ساقط ، ب) سبب (فرض التعذر) لعدم وجود الفقيه ، فتولى الفقيه
مثل الامر التعدد المطلوبى .

.....
 وكونه شرطاً مطلقاً لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه
 مطلوب الوجود مع تعذر الشرط ، لكونه من المعروف الذى امر باقامته
 فى الشريعة .

نعم : لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه او الامام ، صح الرجوع
 الى اصالة عدم المشروعية

(و) ان قلت : لعل التولى للفقيه شرط مطلقاً ، فاذا تعذر تولى
 الفقيه لم يجز لاحد ان يتولاه .
 قلت : (كونه شرطاً مطلقاً) اى لذلك الامر الذى لاولى خاص له
 (لاشطراً اختيارياً) اى فى حال التمكن من الفقيه ، والاختيار - مقابل
 حال الاضطرار ، بسبب عدم وجود الفقيه (مخالف لفرض العلم) اى علمنا
 (بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط) ومن اين نعلم بكونه مطلوب
 الوجود مطلقاً ؟ (لكونه من المعروف الذى امر باقامته فى الشريعة) كلمة :
 فى ، متعلق ب : امر ، .

(نعم : لو احتمل كون مطلوبيته) اى ذلك الامر المحتاج الى التولى
 (مختصة بالفقيه) كالحدود مثلاً (او الامام) كبيع الاراضى المفتوحة عنوة
 (صح الرجوع الى اصالة عدم المشروعية) اى عدم ولاية على شخص ، او
 على شئ ، وعدم نفوذ تصرف انسان ، هو الاصل - اى الحالة السابقة ،
 اذا اريد استصحاب العدم - او عدم هذه الصلاحية لمن يريد التولى ،
 اذا الصلاحية امر وجودى .

والظاهر ان الاصلين من باب السببى والمسببى ، فالشك فى

كـبـعـض مـرـاتـب النـهـى عـن المـنـكـر ، حـيـث ان اـطـلـاقـاتـه لـاتـعـم مـا اذ اـبـلـغ حـدّ
الجـرح ،

قال الشهيد ره فى قواعدہ يجوز للآحاد مع تعذر الحكام تولية
آحاد التصرفات الحكيمة على الاصح ، كدفع ضرورة اليتيم ، لعموم : و
تعاونوا على البر والتقوى ، وقوله عليه السلام : واللّه تعالى فى عون
العبد ما كان العبد فى عون اخيه ، وقوله : كل معروف صدقه و هل يجوز
اخذ

النفوذ من باب الشك فى الصلاحية (كـبـعـض مـرـاتـب النـهـى عـن المـنـكـر ، حـيـث
ان اـطـلـاقـاتـه) اى اـطـلـاقـات دـلـيـل النـهـى عـن المـنـكـر (لـاتـعـم مـا اذ اـبـلـغ)
النهى (حدّ الجرح) كما لو ان مرتكب شرب الخمر لا ينقلع الا اذا اذينا
جسمه بالسكين ، ونحوه .

(قال الشهيد ره) الاول (فى قواعدہ يجوز للآحاد) من الناس
(مع تعذر الحكام) اى تعذر امر الحكام بالمعروف ، ونهيهم عن المنكر
(تولية آحاد التصرفات الحكيمة) - بكسر الحاء - اى المشتعلة على الحكمة
و المصلحة (على الاصح) خلافا لمن يقول بعدم الجواز فى ذلك (كدفع
ضرورة اليتيم) اى التصرف الذى يدفع به ضرورة واحتياج اليتيم ، كتزويجه
وبيع املاكه ، وما اشبه .

وانما يجوز ذلك (لعموم : وتعاونوا على البر والتقوى ، وقوله
عليه السلام : واللّه تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون اخيه)
اى ما دام كان فى عون اخيه (وقوله : كل معروف صدقه) قال (و هل يجوز اخذ

الزكوات والاخماس من الممتنع ، وتفريقها فى اربابها ، وكذا بقية وظائف
الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه وجهان .

وجه الجواز ما ذكرنا ، ولانه لو منع من ذلك ، لفاتت مصالح صرف
تلك الاموال ، وهى مطلوبة لله تعالى .

وقال بعض متأخرى العامة ان القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك
الاموال بايدى الظلمة يأكلونها بغير حقها ، ويصرفونها الى غير مستحقها ،
فا

الزكوات والاخماس ، من الممتنع ، وتفريقها فى اربابها) اى المستحقين
لهذه الحقوق (وكذا) هل يجوز تصدى (بقية وظائف الحكام) فى حال
كون تلك الوظائف (غير ما يتعلق بالدعاوى) اى غير القضاء من الامور
الراجعة الى الحكام كاجراء الحدود ، وما اشبه (فيه وجهان) الجواز والعدم .
(وجه الجواز ما ذكرنا) اى : كل معروف صدقة ، وغيرها من الآيات
والاخبار (ولانه لو منع من ذلك ، لفاتت مصالح صرف تلك الاموال) اى
الاخماس ، والزكوات (وهى) اى تلك المصالح (مطلوبة لله تعالى)
ففتها نقض الغرض .

(وقال بعض متأخرى العامة) : لاشك (ان القيام بهذه المصالح)
اى مصالح صرف تلك الاموال ، كانهاش الفقراء ، واصلح الطرق ، والقيام
بمسائر مصالح المسلمين (اهم من ترك تلك الاموال بايدى الظلمة)
الذين يستولون على الناس اذا انسحب اهل الخير والصلاح من القيام
بهذه الشؤون (يأكلونها بغير حقها ، ويصرفونها الى غير مستحقها ، ف) اذا

ان توقع امام يصرف ذلك فى وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين
تمكنه من صرفها اليه .

وان يئس من ذلك كما فى هذا الزمان ، تعين صرفه على الفور فى مصارفه ، لما
فى ابقائه من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه ، مع مسيس
حاجتهم اليه و لو ظفر باموال مغصوبة حفظها لربا بها حتى يصل اليهم ، و

اخذ المتدين هذه الاموال ، ف (ان توقع امام يصرف ذلك) المال (فى
وجهه) بان كان منتظرا له (حفظ) الانسان (المتمكن) الذى اخذ
المال (تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها) اى صرف تلك الاموال
(اليه) قالوا وقد ادخر الشيخ الكلباسى ره صناديق من المال لاجل
اعطائها الى الامام الحجة المهدى عجل الله فرجه ، فلما مات و جاءت
نوبة حجة الاسلام الشفتى صرفها كلا فورا .

(وان يئس من ذلك) من التمكن عن الامام (كما فى هذا الزمان
تعين صرفه على الفور فى مصارفه ، لما فى ابقائه) مع اليأس (من التغرير)
اى تعريض المال الى الخطر (و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه)
فان المستحق له الحق فى ان يأخذ تلك الاموال و ان يأخذها فورا ، فلو
اخر اعطائه اليه كان حرمانا له من التعجيل فى اخذه (مع مسيس
حاجتهم اليه) اى حاجتهم ماسة و حاضرة .

و من المعلوم : ان عدم اعطاء الحق كما ليس بجائز ، كذلك تأخير
الحق عن وقته (و لو ظفر) الانسان المتدين (باموال مغصوبة حفظها
لاربا بها حتى يصل) المال (اليهم ، و

مع اليأس يتصدق بها عنهم ، وعند العامة تصرف فى المصارف العامة
 انتهى .

والظاهر : ان قوله : فان توقع الى آخره من كلام الشهيد ره ولقد
 اجاد فيما افاد ، الا انه لم يبين وجه عدم الجواز .
 لعل وجهه ان مجرد كون هذا لا مور من المعروف لا ينافى اشتراطها
 بوجود الامام ، او نائبه ، كفاى قطع دعاوى ، واقامة الحدود

مع اليأس) عن الوصول الى اربابه (يتصدق بها عنهم ، وعند العامة
 تصرف) تلك الاموال المغصوبة (فى المصارف العامة) كبناء المساجد ،
 والقناطر ، والسبل ، وما شبه (انتهى) كلام الشهيد ره .
 (والظاهر : ان قوله : فان توقع الى آخره من كلام الشهيد ره)
 لا من كلام العامة ، اذ : العامة لا يعنونون مسئلة ترتبط بالامام الغائب
 خصوصا .

والظاهر من قوله - كفاى هذا الزمان - ان الامام الذى فى كلامه
 الامام الاصل ، لا كل امام حتى يمكن ان يكون المراد : بعد المتمكن من
 امام المسلمين ، فيمكن ان يكون من كلام العامة ، ولا منافاة بين عدم
 عنوانهم لمثل هذه المسائل مع اعترافهم فى كتبهم بالامام المهدي عليه
 السلام (ولقد اجاد فيما افاد ، الا انه لم يبين وجه عدم الجواز) بعد ان
 قال : فيه وجهان ، .

(لعل وجهه ان مجرد كون هذه الامور من المعروف لا ينافى
 اشتراطها بوجود الامام ، او نائبه ، كفاى قطع دعاوى ، واقامة الحدود)

وكافى التجارة بمال الصغير الذى له اب وجد ، فان كونها من المعروف لا ينافى وكوله الى شخص خاص .

نعم : لو فرض المعروف على وجه مستقل العقل بحسنه مطلقا ، كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسدة التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة . او فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل احد ، الا انه خرج ما لو تمكن من الحاكم - حيث دلت الادلة على وجوب ارجاع الامور

فانها من المعروف ومع ذلك مشروطة بوجود القاضى (وكافى التجارة بمال الصغير الذى له اب وجد ، فان كونها من المعروف لا ينافى وكوله الى شخص خاص) هو الاب والجد ، وكافى تجهيز الميت فان كونه معروفا لا ينافى وكوله الى الاولياء الى غير ذلك من الامثلة .

(نعم : لو فرض المعروف على وجه مستقل العقل بحسنه مطلقا) سواء كان هناك شخص خاص ، ام لا ؟ (كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسدة التصرف فى مال الغير بغير اذنه) مثلا انجائه من الغرق يستلزم اخذ ثوبه ، او انجائه من النار يستلزم الدخول الى داره ، وهكذا (صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة) مثلا : اذا دخل داره لا يدخل زواياها التى لا يرتبط بانجائه ، وهكذا .

(او فرض) عطف على : لو فرض ، (على وجه يفهم من دليله جواز تصديه) اى تولى ذلك المعروف (لكل احد ، الا انه خرج) صورة (ما لو تمكن من الحاكم - حيث دلت الادلة على وجوب ارجاع الامور

اليه — وهذا كتجهيز الميت والافمجرد كون التصرف معروفا لا ينهض فى تقييد مادل على عدم ولاية احد على مال احد ، او نفسه .
ولهذا لا يلزم عقد الفضولى على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحة ، ولا يفهم من ادلة المعروف ولاية للفضولى على المعقود عليه لان المعروف هو التصرف فى المال ، او النفس ، على الوجه المأذون فيه من المالك ، او العقل ،

اليه —) فاذا لم يكن حاكم يكون عموم : تصدى كل احد ، محكما (وهذا كتجهيز الميت) فيما اذا لم يمكن الاخذ من الحاكم (والا) يكن الفرض الاول ، والفرض الثانى (فمجرد كون التصرف معروفا لا لم ينهض فى تقييد مادل على عدم ولاية احد على مال احد ، او) على (نفسه) .
والحاصل : ان هناك امرين ،

الاول — كون الامر معروفا على الاطلاق .

والثانى — عدم وجود متول خاص له ، فاذا لم يثبت الاول ، او ثبت الثانى لم يجز التصدى لكل احد .

(ولهذا) الذى ذكرنا من ان مجرد كون التصرف معروفا لا ينهض الخ (لا يلزم عقد الفضولى على المعقود له) اى المالك (بمجرد كونه معروفاً و مصلحة ، ولا يفهم من ادلة المعروف) اى : كل معروف صدقة ، وما شبه (ولاية للفضولى على المعقود عليه) اى المال الذى عقد عليه الفضول .
وانما نقول : بان كل معروف صدقة لا يشمل مثل ذلك (لان المعروف هو التصرف فى المال ، او النفس ، على الوجه المأذون فيه من المالك ، او العقل

والشارع من غير جهة نفس ادلة المعروف .

وبالجملة : تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلى او عموم شرعى

او خصوص فى مورد جزئى ، فافهم .

والشارع من غير جهة نفس ادلة المعروف (كلمة : من ، متعلق ب :

الشارع ، اى يكون الشارع اجاز اجازة خارجية ، كمسئلة تجهيز الميت .

و ذلك لان : كل معروف ، انما رتب الحكم على الموضوع المحقق ،

اى كون الشئ : معروفا ، فلا يمكن ان يكون : كل معروف ، مثبتا للموضوع

والالزم تساوى رتبة الحكم والموضوع ، وذلك محال ،

وعليه : فاذا ثبت ان شيئا معروفا ، سواء كان الثبوت بواسطة اذن

المالك او بواسطة العقل او بواسطة الشرع ، كان ذلك من صغريات كل

معروف صدقة ، و الا فمجرد : كل معروف ، لا يتكفل بكون الشئ معروفا .

(وبالجملة : تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلى) كحسب

الاحسان (او عموم شرعى) كادلة انقاذ الغريق الشامل للتصرف فى

ثوب الطفل والمجنون الغريقين (او خصوص فى مورد جزئى) كما لو قال

الشارع : يجوز لكل انسان ان يجهز الميت الذى لا متولى له (فافهم)

اذ : المعروف ، ما كان عند العرف معروفا ، وكفى ، و مثال تصرف الفضول

فى غير محله ، اذ عمله مع وجود المالك ليس معروفا اصلا ، وان كان

ذاريح ، فاذا تحقق الموضوع العرفى اى قيل للشئ : انه معروف ، ولم

يكن هناك دليل خاص يمنع عن التصرف كان مقتضى القاعدة جواز

توليه لعموم : كل معروف صدقة ، و : تعاونوا على البر ، و : ما على

.....

بقى الكلام : فى اشتراط العدالة فى المؤمن الذى يتولى المصلحة عند فقد الحاكم ، كما هو ظاهر اكثر الفتاوى ، حيث يعبرون ب «عدول المؤمنين» وهو مقتضى الاصل .

و يمكن ان يستدل عليه ببعض الاخبار ايضا ، ففى صحيحة محمد بن اسمعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية فرفع امره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغارا ، ومتاعا ، وجوارى فباع عبد الحميد المتاع ، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن

المحسنين من سبيل ، وما شبه من الادلة العامة .

(بقى الكلام : فى اشتراط العدالة فى المؤمن الذى يتولى المصلحة عند فقد الحاكم) هل هى شرط ، ام لا ؟ (كما هو ظاهر اكثر الفتاوى ، حيث يعبرون ب «عدول المؤمنين») فى هذه المسئلة (وهو مقتضى الاصل) اى اصاله عدم جواز تولى الغير تكليفا ووضعا - بمعنى عدم نفوذ تصرفه - .

(و يمكن ان يستدل عليه) اى اشتراط العدالة فى المتولى عند فقد الحاكم (ببعض الاخبار ايضا ، ففى صحيحة محمد بن اسمعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية ، فرفع امره) بالنسبة الى امواله وصغاره (الى قاضى الكوفة فصير) القاضى (عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغارا ، ومتاعا ، وجوارى) جمع جارية بمعنى الامة (فباع عبد الحميد المتاع ، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن) وسوس فى ذلك

اذ لم يكن الميت صير اليه وصية وكان قيامه فيها بامر القاضى لانهم فروج قال : فذكرت ذلك لابي جعفر (ع) وقلت له : يموت الرجل من اصحابنا ولا يوصى الى احد ، ويخلف الجوارى ، فيقيم القاضى رجلا منا ، لبيعهم او قال يقوم بذلك رجل منا ، فيضعف قلبه لانهم فروج ، فماترى فى ذلك قال : اذا كان القيم به مثلك ، ومثل عبد الحميد ، فلا بأس ، بناء على ان المراد من المماثلة ، اما المماثلة فى التشيع ، او فى الوثاقة ، وملاحظة مصلحة اليتيم ، وان لم يكن شيعيا ، او فى الفقاها ، بان يكون من نواب الامام

(اذ لم يكن الميت صير اليه وصية) اى لم يجعله وصيا على نفسه (وكان قيامه) اى عبد الحميد (فيها) اى فى الوصية (بامر القاضى) وانما ضعف قلبه (لانهم فروج) والاحتياط يقتضى بالدقة فيها (قال : فذكرت ذلك لابي جعفر (ع) وقلت له : يموت الرجل من اصحابنا ، ولا يوصى) ذلك الميت (الى احد ، ويخلف) ذلك الميت (الجوارى ، فيقيم القاضى رجلا منا ، لبيعهم ، او قال يقوم بذلك رجل منا ، فيضعف قلبه لانهم فروج ، فماترى فى ذلك) هل يبيع الجوارى ، ام لا ؟ (قال : اذا كان القيم به مثلك ، ومثل عبد الحميد ، فلا بأس) بالتولى لامر الميت (بناء) اى الاستدلال مبنى على تزيف الاحتمالات ، باستثناء العدالة كما يتضح مما يأتى (على ان المراد من المماثلة ، اما المماثلة ، فى التشيع ، او فى الوثاقة ، وملاحظة مصلحة اليتيم ، وان لم يكن شيعيا) وملاحظة عطف على : الوثاقة ، (او فى الفقاها ، بان يكون من نواب الامام

.....
 عموماً فى القضاء بين المسلمين اوفى العدالة .

والاحتمال الثالث مناف لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ، ولو مع تعذره وهذا بخلاف الاحتمالات الاخره ، فان

عموماً (بان يكون نائباً عاماً اذ لو كان نائباً خاصاً لم يكن وجه لخوفه من التصرف فى الجوارى (فى القضاء بين المسلمين) اوفى الاعم من القضاء (اوفى العدالة) .

(والاحتمال الثالث) اى ارادة الفقاها من قوله عليه السلام : مثلك و مثل عبد الحميد ، (مناف لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس) وذلك المفهوم هو : وان لم يمكن مثلك ، و مثل عبد الحميد ، ففيه البأس ، (مع عدم الفقيه) مطلقاً (ولو مع تعذره) .

اذ : لو قلنا : ان الامام بين انه لا بأس اذا كان فقيهاً ، كان مفهومه انه اذا لم يكن فقيهاً كان فيه البأس ، سواء كان الفقيه موجوداً ، او لم يكن موجوداً .

و حيث انه من المعلوم : ان مع عدم وجود الفقيه ليس بأس بغير الفقيه ، يهدم المفهوم ، و اذا هدم المفهوم هدم المنطوق ، فليس المراد ب : مثلك ، الفقيه .

اللهم الا ان يقال : ان المفهوم اعم ، لكنه خصص بالدليل الخارجى كما لو قال : اكرم زيد ان جئت ، ثم دل الدليل على وجوب : اكرم زيد اذا اكرمك و لو لم يجئك ، فانه يخصص المفهوم .

(وهذا) الاحتمال الثالث (بخلاف الاحتمالات الاخره ، فان

.....
 البأس ثابت للفاسق ، او الخائن ، او المخالف ، وان تعذر غيرهم فتعين
 احدها الدائر بينهما ، فيجب الاخذ فى مخالفة الاصل بالاخص منها و
 هو العدل .

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانة ، وملاحظة مصلحة
 اليتيم ، فيكون مفسر الاحتمال الثانى فى وجه المماثلة المذكورة فى
 الصحيحة .

البأس ثابت للفاسق) مقابل العادل مطلقا ، سواء كان العادل موجودا
 ام لا (او الخائن) مقابل الموثق ، سواء كان الموثق موجودا ، ام لا (او
 المخالف) مقابل الشيعى ، سواء كان السنى موجودا ، ام لا ، (وان تعذر
 غيرهم) كلمة : ان ، وصلىة ، والمراد بغيرهم العادل و الموثق والشيعى .
 و حيث سقط احتمال الفقاهة (فتعين احدها) اى الثلاثة (الدائر
 بينها) اذ لا احتمال آخر (فيجب الاخذ فى مخالفة الاصل بالاخص منها)
 فان التصرف فى اموال الغير ، غير جائز الا بالقدر الذى علمنا جوازه ، و
 المعلوم جوازه ، هو الاخص من الثلاثة الذى اجتمع فيه كل الثلاثة (و
 هو العدل) الجامع للتشيع والوثاقة .

(لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانة) فى تصدى اموال
 الصغار (وملاحظة مصلحة اليتيم ، فيكون) هذا الحديث (مفسر الاحتمال
 الثانى) اى كفاية الوثاقة (فى وجه المماثلة المذكورة فى الصحيحة) اى
 قول الامام : مثلك ، يراد به : مثلك فى الوثاقة ، لا : مثلك فى الفقاهة او
 التشيع او العدالة .

ففى صحیحة على بن رثاب رجل مات وبنی وبنیه قرابة ، وترك اولاداً صغاراً ومالك غلماناً وجوارى ولم یوص ، فماتری فیمین یشتري منهم الجارية ؟ یتخذها ام ولد وماتری فی بیعهم ، قال فقال ان كان لهم ولی یقوم بامرهم ، باع علیهم ونظر لهم وكان مأجوراً بهم ، قلت : فماتری فیمین یشتري منهم الجارية ، و یتخذها ام ولد ، فقال لا بأس بذلك ، اذا باع علیهم القیم بامرهم الناظر فیمایصلحهم ، وليس لهم ان یرجعوا فیمایفعله القیم بامرهم ، الناظر فیمایصلحهم وموثقة زرة عن سماعة فى رجل مات وله بنون وبنات ، صغار وكبار من غیر وصية ، وله خدم ومالك ، وعقر ،

(فى صحیحة على بن رثاب ، رجل مات وبنی وبنیه قرابة ، وترك اولاداً صغاراً ومالك غلماناً وجوارى ولم یوص ، فماتری فیمین یشتري منهم الجارية یتخذها ام ولد؟) بان یطئها فتلد منه (وماتری فی بیعهم) — وهذا كالتأكيد على اعضاء الامر لان الاشتراء محذور ووطيها محذور آخر — (قال فقال : ان كان لهم ولی یقوم بامرهم باع علیهم ، ونظر لهم ، وكان مأجوراً بهم ، قلت : فماتری فیمین یشتري منهم الجارية ، ویتخذها ام ولد فقال لا بأس بذلك ، اذا باع علیهم القیم بامرهم الناظر فیمایصلحهم ، وليس لهم) اى للاولاد الصغار اذا اكبروا (ان یرجعوا فیمایفعله القیم بامرهم الناظر فیمایصلحهم) الخبر فان ظاهر هذا الخبر كفاية كون الامر صاد راعن اصلاح (وموثقة زرة عن سماعة فى رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غیر وصية ، وله خدم ومالك ، وعقر) مالك اما عطف بيان ، واما المراد بالخادم الامة ، فان لفظ الخادم يستعمل للمذكر والمؤنث

كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله ، فلا بأس ببناء على ان المراد من يوثق به ، ويطمئن بفعله عرفا وان لم يكن فيه ملكة العدالة .

لكن في صحيحة اسما عيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة ، قال سئلت الرضا عليه السلام : عن رجل يموت بغير وصية ، وله ولد صغير وكبار ، ايحل شراء شئ من خدمه ومثاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك ؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به ، ولم يستخلفه الخليفة

وحيث ان المملوك خاص بالمدكري خصص الخدم بالمؤنث (كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك) المال الاعم من المملوك (قال) عليه السلام : (ان قام رجل ثقة قاسمهم) اى قسم بين الورثة (ذلك) المال (كله فلا بأس) .
وجه الاستدلال بهذا الخبر لكفاية الوثاقة (ببناء على ان المراد من يوثق به ، ويطمئن بفعله عرفا وان لم يكن فيه ملكة العدالة) .
وانما قال : ببناء لاحتمال ان يراد بالوثاقة ، العدالة ، فان الوثاقة - الظاهرة فى التامة - لا تكون الا بالعدالة .

(لكن فى صحيحة اسما عيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة) الظاهرة فى عدم كفاية الوثاقة (قال سئلت الرضا عليه السلام : عن رجل يموت بغير وصية ، وله ولد صغير وكبار ايحل شراء شئ من خدمه ومثاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك ؟ فان تولاه) اى البيع (قاض قد تراضوا) الورثة (به ، ولم يستخلفه الخليفة) اى لم يكن

ايطيب الشراء منه ، ام لا ؟ قال عليه السلام : اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع ، فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك هذا .
والذى ينبغى ان يقال : انك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لا تثبت الا فى مقام يكون عموم عقلى ، او نقلى ، يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف او يكون هناك دليل خاص

قاضيا ما ذونا ، وانما هم الورثة نصبوه وارتضوا به (ايطيب الشراء منه ، ام لا ؟ قال عليه السلام : اذا كان الاكابر من ولده) اى اولاد الميت (معه) اى مع القاضى (فى) حين (البيع ، فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع) و المراد سائر الورثة غير الاولاد الكبار ، كالزوجة والاناث (وقام عدل فى ذلك) .

اللهم الا ان يقال : يفهم من هذا الحديث اشتراط شاهد عدل عند البيع ، لا اشتراط ان يكون القيم عادلا .

الا ان يحتمل : فهم العدالة من لفظ القاضى ، فانه يشترط فى القاضى ان يكون عادلا (هذا) تمام الكلام فى مفاد الروايات فى باب اشتراط العدالة فى المتصدى ، اذا فقد الفقيه .

(والذى ينبغى ان يقال) فى جواز تصدى الفاسق ، انه (انك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لا تثبت الا فى مقام يكون عموم عقلى ، او نقلى ، يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف) كعموم العقل بحسن انقاذ المظلوم من يد الظالم ، او عموم النقل بان كل معروف صدقة — فيما ثبت ان التصدى معروف — (او يكون هناك دليل خاص) يدل عليه

.....

على الولاية اتبع ذلك النص عموماً ، او خصوصاً فقد يشمل الفاسق ، وقد لا يشمل .

واما ماورد فيه العموم ، فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه ، وانه هل يكون مأذوناً من الشرع فى المباشرة ام لا ؟ وقد يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل غيره اذ الم يعلم وقوعه على وجه المصلحة ، كالشراء منه مثلاً .

اى على تصدى غير الفقيه لهذا المورد الخاص - مثل دليل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فى القبض على يد الفاعل للمنكر - .

فماورد فيه نص خاص (على الولاية اتبع ذلك النص عموماً او خصوصاً) فاذا قال النص : ان المتولى يجب ان يكون عادلاً ، لزم ان يكون عادلاً ، واذا اطلق ، جاز ان يكون فاسقاً ايضاً (فقد يشمل) النص الخاص (الفاسق ، وقد لا يشمل) وهذا تفسير لقوله : عموماً او خصوصاً .

اما ماورد فيه الخصوص ، فالكلام فيه .

(واما ماورد فيه العموم ، فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه ، وانه هل يكون مأذوناً من الشرع فى المباشرة) لذلك العمل (ام لا ؟ وقد يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل غيره) بفعل ، متعلق ب : يتعلق ، (اذ الم يعلم) ذلك الغير (وقوعه) اى فعل الفاسق (على وجه المصلحة ، كالشراء منه مثلاً) مثال ما يتعلق من فعل الفاسق بفعل الغير .

اما الاول : فالظاهر جوازه ، وان العدالة ليست معتبرة فى منصب
المباشرة ، لعموم ادلة فعل ذلك المعروف ولو مثل قوله عليه السلام :
عون الضعيف من افضل الصدقة ، وعموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال
اليتيم الا بالتي هى احسن ، ونحو ذلك .
وصحیحة محمد بن اسماعیل السابقة قد عرفت انها محمولة على
صحیحة على بن رثاب المتقدمة ، بل و موثقة زرعة ، وغير ذلك مما

(اما الاول) اى مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه
(فالظاهر جوازه ، وان العدالة ليست معتبرة فى منصب المباشرة ، لعموم
ادلة فعل ذلك المعروف ولو مثل قوله عليه السلام : عون الضعيف من
افضل الصدقة ، وعموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى
احسن) حيث يشمل المستثنى كل انسان (ونحو ذلك) مثل : ما على
المحسنين من سبيل ، و : تعاونوا على البر والتقوى ، و : احسن كما
احسن الله اليك ، و : ما شبهه ، من الآيات والروايات .
(و) لا يستشكل بان هذه العمومات مقيدة بما دلت على اعتبار
العدالة ، كصحیحة اسمعيل ، و محمد بن اسمعيل .
لانا نقول : اما صحیحة اسماعيل ، فليست مربوطة بمحل الكلام ، اذ
الكلام الآن فى نفس الفاسق المتصدى ، و الكلام فى الصحیحة فى مسألة
الشراء — اى عمل الغير — .

و اما (صحیحة محمد بن اسماعيل السابقة) ذ (قد عرفت انها محمولة
على صحیحة على بن رثاب المتقدمة ، بل و موثقة زرعة ، وغير ذلك مما

سيأتى .

ولو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما اذا صلى فاسق
على ميت لا ولى له ، فالظاهر سقوطها عن غيره اذا علم صدور الفعل منه
وشك فى صحته .
ولو شك فى حدوث الفعل منه واخبر به ، ففى قبوله اشكال .

سيأتى (اى رواية الكاهلى الآتية ، معادل على كفاية الصلاح للطفل .
(ولو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه) اى من الفاسق ،
اى ان الفاسق لو اتى بالفعل الصحيح ، سقط عن الغير ، والالم يسقط
(كما اذا صلى فاسق على ميت لا ولى له ، فالظاهر) من دليل حمل فعل
المسلم على الصحيح (سقوطها عن غيره اذا علم صدور الفعل منه) اى
من الفاسق ، ولو كان العلم علما عاديا حاصلا من قرائن الاحوال (وشك
فى صحته) وعدم صحته ، وكذلك فى سائر تجهيزات الميت .
(ولو شك فى حدوث الفعل منه) اى من الفاسق (و لكن) اخبر
به) اى بانه فعله (ففى قبوله) اى قبول قوله (اشكال) من : آية النبأ الظاهرة
فى عدم قبول قول الفاسق ، ولو شك فالاصل عدم القبول ، وعدم
سقوط التكليف عن العادل ، وعدم حصول العمل المطلوب للشارع .
ومن : ان الرواية المروية عن امير المؤمنين : ضع امر اخيك على
احسنه .

ومن المعلوم : ان الامر ليس خاصا بالفعل .
مضافا الى المناط الموجود فى القول كالفعل ، فيكون ذلك حاكما

.....
 واما الثانى : فالظاهر اشتراط العدالة فيه ، فلا يجوز الشراء منه
 وان ادعى كون البيع مصلحة بل يجب اخذ المال من يده .
 ويدل عليه — بعد صحيحة اسماعيل بن سعد المتقدمة بل وموثقة
 زرعة بناء على ارادة العدالة من الوثاقة — ان عموم ادلة القيام بذلك
 المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق ،

على ظاهر الآيه ، كما يحكم عليه الفعل .
 (واما الثانى) وهو ما يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعل الفاسق
 بفعل غيره (فالظاهر) من الادلة (اشتراط العدالة فيه) اى فى ترتيب
 الغير فعله على فعل المتصرف فى اموال الطفل ، او فى نفس الطفل —
 كما لو اراد زواجه — (فلا يجوز الشراء منه ، وان ادعى كون البيع مصلحة
 بل يجب اخذ المال) للطفل (من يده) .
 (ويدل عليه) اى على عدم جواز الشراء منه (— بعد صحيحة
 اسماعيل بن سعد المتقدمة) حيث قال الامام عليه السلام : وقام عدل
 فى ذلك — بناء على كون المراد قيام العدل بالبيع ، لاقيام عدل
 شاهد على البيع — (بل وموثقة زرعة) حيث قال عليه السلام : ان قام
 رجل ثقة (بناء على ارادة العدالة من الوثاقة — ان عموم ادلة القيام
 بذلك المعروف) كقوله : لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن ، وقوله :
 ولتكن مفكامة يدعون الى الخير ، بناء على وجود المناط فى العمل
 بالخير ، كالدعوة اليه ، وما شبه هذه الآيات (لا يرفع اليد عنها) اى
 عن تلك الادلة العامة (بمجرد تصرف الفاسق) .

فان وجوب اصلاح مال اليتيم ، و مراعاة غبطته لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق .

ولا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح - كما فى مثال الصلاة المتقدم - لان الواجب هناك هى صلاة صحيحة وقد علم صدور اصل

بيان ذلك ، ما ذكره بقوله : (فان وجوب اصلاح مال اليتيم ، ومراعاة غبطته لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق) فان العام يقول للعادل : اعمل بالصلاح فى مال اليتيم ، سواء عمل الفاسق ، ام لا ، فباى شئ يرفع اليد عن هذا العام .

نعم اذا كان المتصرف عادلا ، لم يكن مجال لشمول العام لسائر العدول ، اما اذا لم يكن المتصرف عادلا ، فباى شئ يرفع العادل يده عن التصرف ، وباى مجوز يجوز للعادل ان يشتري من الفاسق .
(و) ان قلت : ما يوجب رفع اليد عن العام ، هو حمل فعل المسلم على الصحيح ،

قلت : (ولا يجدى هنا) فى الاشتراء من الفاسق (حمل فعل المسلم على الصحيح - كما فى مثال الصلاة المتقدم -) ذلك المثال ، فلا يمكن ان يقال : كما نكتفى بصلاة الفاسق على الميت فلا نصلى عليه ، كذلك نكتفى ببيع الفاسق لمال الطفل فنشتري منه .

اذ هنا فارق بين الامرين ، وهو ما اشار اليه بقوله : (لان الواجب هناك) فى باب صلاة الميت (هى صلاة صحيحة ، وقد علم صدور اصل

-
- الصلاة من الفاسق ، و اذا شك فى صحتها احرزت باصالة الصحة .
 - و اما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح .
 - و انما حمل على موضوع ، هو اصلاح المال ، و مراعات الحال و الشك فى اصل تحقق ذلك فهو كما لو اخبر فاسق باصل الصلاة ، مع الشك فيها .
-

الصلاة من الفاسق ، و اذا شك فى صحتها) اى صحة صلاة الفاسق . (احرزت باصالة الصحة) و هى جارية فى عمل العادل و الفاسق ، اذا شك فى سهو ، او عمدا ، و ما شبه مما يوجب البطلان .

(و اما الحكم فيما نحن فيه) اى الحكم بجواز ترتيب الغير الاثر على عمل الفاسق المتصرف فى مال الطفل (فلم يحمل على التصرف الصحيح) اى ليس الموضوع لحكم : ترتيب الاثر ، هو : العمل الصحيح حتى اذا شك فى صحة العمل يتسمك باصالة الصحة ، فيجوز للغير ترتيب الأثر .

(و انما حمل) الحكم (على موضوع ، هو اصلاح المال ، و مراعات الحال) اى الحالة المحيطة بالتصرف فى مال الطفل ، هل هى مصداق للاحسن الوارد فى قوله سبحانه : و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن ، (و) قد تحقق فى تصرف الفاسق (الشك فى اصل تحقق ذلك) اصلاح للمال ، و المراعات للحال (فهو) شك فى اصل الموضوع ، لاشك فى صحة الموضوع .

و من المعلوم : ان الشك فى اصل الموضوع ليس محل اجراء اصالة الصحة (فهو كما لو اخبر فاسق باصل الصلاة ، مع الشك فيها) حيث

وان شئت قلت : ان شراء مال اليتيم ، لا بد ان يكون مصلحة له ، و
لا يجوز ذلك باصالة صحة البيع من البائع ، كمالو شك المشتري في بلوغ
البائع ، فتأمل .

نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري

ليس ذلك مجرى لاصالة الصحة .

(وان شئت قلت) في تقريب انه لا يجوز الاشتراء لمال اليتيم من
الفاسق (ان شراء مال اليتيم ، لا بد ان يكون مصلحة له ، ولا يجوز ذلك)
الشراء (ب) اجراء (اصالة صحة البيع من البائع) فانه (كمالو شك
المشتري في بلوغ البائع) فانه لا يمكن تصحيح ذلك باصالة الصحة
(فتأمل) اذ : لافرق بين ترتيب الغير اثر الصحة على غسل الفاسق ، و
بين ترتيب الغير اثر الصحة على بيع الفاسق ، فكما انه اذا ماس الميت
الذي غسله الفاسق لا يحتاج الماس الى غسل الميت لاجراء اصالة
الصحة في فعل الفاسق ، كذلك يجوز الاشتراء من الفاسق لاجراء اصالة
الصحة في بيع الفاسق وليس شرط : الاحسن ، الامن شرائط البيع ، كما ان
شرط اباحة الماء مثلا ، ليس الامن شرائط صحة الغسل ، فكلمما يصحح
وجود الشرط في الغسل يصحح وجود الشرط في البيع .

(نعم) لو باع الفاسق مال الصغير ، لا يجب علينا ابطال البيع برد
المبيع الى الصغير ، ورد الثمن الى المشتري ، ف (لو وجد في يد الفاسق)
البائع لمال الطفل (ثمن من مال الصغير لم يلزم) علينا (الفسخ مع
المشتري) بان نبطل بيعه ،

واخذ الثمن من الفاسق لان مال اليتيم الذى يجب اصلاحه وحفظه من التلف ، لا يعلم انه الثمن او المثلن .

و اصاله صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالاول ، فتدبر .
ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر : انه على وجه التكليف الوجوبى او الندبى ، لاعلى وجه النيابة من حاكم

(و) لم يلزم (اخذ الثمن من الفاسق) البائع لغرره على المشتري ، حتى نرد المثلن على الصغير .

وانما لا يلزم الفسخ (لان مال اليتيم الذى يجب اصلاحه وحفظه من التلف ، لا يعلم انه الثمن) لصحة بيع الفاسق (او المثلن) لبطلان بيع الفاسق .

(و) اذا شككنا فى ذلك ، فدا اصاله صحة المعاملة من الطرفين (طرف البائع الفاسق ، وطرف المشتري (يحكم بالاول) اى بان مال الطفل هو الثمن لا المثلن (فتدبر) اذ : كيف تجرون اصاله الصحة فى معاملة الفاسق بعد وقوعها ، وقد قلتم ان التعامل مع الفاسق لا يجرى فيه اصل الصحة واى فرق بين قبل المعاملة وبعدها فى اجراء الصحة فى الثانى دون الاول .

(ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين) العدول فى اموال القاصرين اذ الم يكن حاكم شرعى (فالظاهر : انه على وجه التكليف الوجوبى او الندبى) بمعنى انه واجب عليهم ، او مستحب عليهم ، بالذات وبما انهم اولياء اصاله ، فى حال فقد الحاكم (لاعلى وجه النيابة من حاكم

الشرع ، فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام ، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم ، لا يوجب منع الآخر ، ومزاحمته بالبيع ، ونحوه .
ولو نقله بعقد جائز فوجد الآخر المصلحة في استرداده ، جاز الفسخ ، اذا كان الخيار ثابتا باصل الشرع .
او بجعلهما مع جعله للصغير .
او مطلق وليه

الشرع ، فضلا عن كونه) اى جواز التصرف (على وجه النصب من الامام) عليه السلام فليس العدل منصوبا عن الامام ، او نائبا عن الفقيه .
وهذا الكلام مقدمة لقوله : (فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ، و) لا يوجب منع (مزاحمته) اى الآخر (بالبيع ، و نحوه) بل يجوز للآخر ان يبيع ماتحت يد العدل من مال الصغير .
وانما نقول ذلك : لاطلاق ادلة ولاية العدل الشاملة لقبول وضع العدل يده ، وبعده وضع العدل يده قبل اجراء معاملته على مال الصغير (ولو نقله) نقل العدل مال الطفل (بعقد جائز) كالعقد الخيارى - مثلا - (فوجد) العدل (الآخر المصلحة في استرداده ، جاز) للآخر (الفسخ ، اذا كان الخيار ثابتا باصل الشرع) كخيار الحيوان .
(او بجعلهما) اى البائع العدل والمشتري (مع جعله للصغير) مقابل ما اذا جعل الخيار للمشتري ، فانه لاحق لولى اليتيم في الفسخ حينئذ كما هو واضح .
(او) جعل الخيار له) مطلق وليه) اعم من كل عدل ، المباشر للبيع ،

.....
من غير تخصيص بالعائد .

لو اراد بيعه من شخص ، وعرضه لذلك ، جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة ، وان كان فى يد الاول .
وبالجملة : فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الاب والجد ، من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر .
واما احكام الشرع فهل هم كذلك ، فلو عين فقيه ، من يصى على

وغيره (من غير تخصيص) للخيار (بالعائد) والافلو خصا الخيسار بالعائد - وكان ذلك عن مصلحة - لم يجز لعدل آخر فسخ البيع .
و (لو اراد) العدل (بيعه) اى مال الصغير (من شخص ، وعرضه لذلك) بان تقاولا فى المعاملة (جاز لغيره) من سائر العدول (بيعه من آخر مع المصلحة) فى بيعه من آخر (وان كان) المال (فى يد) العدل (الاول) .

(وبالجملة : فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الاب والجد ، من حيث جواز التصرف لكل منهما) اى من الاب والجد (ما لم يتصرف الآخر) مع فارق واحد ، وهو ان الظاهر من النصوص فى باب الاب والجد ، ان الجد مقدم على الاب فى مقام التشاح ، بخلاف العدول ، فاحدهم ليس اولى من الآخرين ، بل الحكم للسابق منهم .
(واما احكام الشرع) اى الفقهاء الذين لكل منهم الحق فى التصرف فى مال الطفل (فهل هم كذلك) مثل العدول فى جواز التزامهم ، وكون الحكم للسابق منهم ؟ (فلو عين فقيه ، من يصى على

الميت الذى لاولى له ، او من يلى امواله ، او وضع اليد على مال يتيم
 فهل يجوز للآخر مزاحمته ، ام لا ؟ الذى ينبغى ان يقال : انه ان استندنا
 فى ولاية الفقيه الى مثل التوقيع المتقدم ، جاز المزاحمة قبل وقوع
 التصرف اللازم لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام ، هم
 العوام ، فالنهي عن المزاحمة يختص بهم .

الميت الذى لاولى له ، او عین (من يلى) ويتولى شؤن (امواله) اى
 اموال الميت (او وضع) الفقيه (اليد على مال يتيم) او غائب ، او ما
 اشبه (فهل يجوز للآخر مزاحمته ، ام لا ؟ الذى ينبغى ان يقال) هو
 التفصيل فى المسئلة ، استناد الى اختلاف مدرك المسئلة ، ف (انه ان
 استندنا فى ولاية الفقيه الى مثل التوقيع المتقدم) اى : اما الحوادث
 الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا ، (جاز المزاحمة قبل وقوع
 التصرف اللازم) من احد الفقهاء (لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور
 الى الحكام ، هم العوام ، فالنهي عن المزاحمة) اذا كان هناك نهى
 (يختص بهم) اى بالعوام ، اذ : فى جانبهم يقع التزام بان يراجع
 فقيهها ، وقبل ابرام الفقيه الامر يعدل عنه ويرجع الى فقيه آخر ، او يرجع
 احد العوامين المربوطين بامر واحد الى فقيه ويرجع العامى الآخر الى
 فقيه آخر ، كأخوين لهما اخت صغيرة يريدان زواجهما المصلحة فى زواجهما
 فيرجع احدهما الى فقيه ، ويرجع الآخر الى فقيه آخر ، و اى الفقيهين
 سبق فى زواجهما كان له
 الامر .

.....
 واما الحكم فكل منهم حجة من الامام ع ، فلا يجب على كل واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى آخر ، فيجوز له مباشرة وان كان الآخر دخل فيه ، ووضع يده عليه فحال كل منهم حال كل من الاب والجد فى ان النافذ تصرف السابق ، ولا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك وبناءه على ما يغير تصرف الآخر ، كما يجوز لاحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر ، وان حضر المترافعان عنده واحضر الشهود وبنى على الحكم .

واما لو استندنا فى ذلك على عمومات النياية ،

(واما الحكم فكل منهم حجة من الامام ع ، فلا يجب على كل واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى آخر) ولا الانتظار حتى يرى ماذا يفعل الآخر (فيجوز له) اى لكل من الحكم (مباشرة) والتصدى للامر (وان كان الآخر دخل فيه ، ووضع يده عليه) .

اذ : مجرد الدخول ووضع اليد لا يوجب انتهاء الامر حتى لا يبقى موضوع لعمل الفقيه الآخر (فحال كل منهم حال كل من الاب والجد فى ان النافذ تصرف السابق ، ولا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك) العمل (وبناءه) عطف على : دخول ، (على ما يغير تصرف الآخر ، كما يجوز لاحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر ، وان حضر المترافعان عنده واحضر الشهود وبنى على الحكم) كلمة : ان ، وصليية .

(واما لو استندنا فى ذلك) اى فى ولايه الفقيه (على عمومات النياية

.....
 وان فعل الفقيه كفعل الامام ، و نظره كنظره الذى لا يجوز التعدى عنه
 - لا من حيث ثبوت الولاية له على النفس و الاموال ، حتى يقال : انه
 قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك - بل من حيث
 وجوب ارجاع الامور الحادثة اليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها الى
 الفقيه بكونه حجة منه عليه السلام على الناس .

فالظاهر : عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى امره ، ووضع
 يده عليه وبنى فيه - بحسب نظره - على تصرف وان لم يفعل نفس
 ذلك التصرف ، لان دخوله

وان فعل الفقيه كفعل الامام ، و نظره كنظره الذى لا يجوز التعدى عنه
 - لا) ان المراد بكون فعله كفعل الامام (من حيث ثبوت الولاية له
 على النفس و الاموال ، حتى) يستشكل على ذلك و (يقال : انه قد تقدم
 عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك -) فى النفس و الاموال
 (بل) ما ذكره من ان نظر الفقيه كنظر الامام (من حيث وجوب ارجاع
 الامور الحادثة اليه) اى الى الفقيه (المستفاد) هذا الوجوب - و كونه
 كالامام - (من تعليل الرجوع فيها) اى فى الحوادث الواقعة (الى
 الفقيه بكونه حجة منه عليه السلام على الناس) كما انه حجة من الله عليهم .
 (فالظاهر : عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى امره ، ووضع
 يده عليه وبنى فيه) اى فى الامر (- بحسب نظره - على تصرف) كلمة :
 على ، متعلق ب : بنى ، (وان لم يفعل) بعد (نفس ذلك التصرف) .
 وانما لا يجوز دخول الثانى بعد دخول الاول (لان دخوله) اى

فيه كدخول الامام فدخل الثانى فيه وبناءه على تصرف آخر مزاحمة له فهو كمزاحمة
الامام (ع) فادلة النيابة عن الامام (ع) لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الامام (ع) .
فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام وبين الاب والجد ، لاجل
الفرق بين كون كل واحد منهم حجة ، وبين كون كل واحد منهم نائباً .
وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعدد دين فى ان بناء واحد

الاول (فيه) اى فى الامر (كدخول الامام ، فدخل الثانى فيه و
بنائه على تصرف آخر مزاحمة له ، فهو) يكون (كمزاحمة الامام (ع) فادلة
النيابة عن الامام (ع) لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الامام (ع)) .
لكن لا يخفى ضعف هذا الدليل ، لان الآخر ايضا ممثل للامام فيكون
من قبيل مزاحمة نفس الامام لنفسه ، لا من قبيل مزاحمة انسان للامام .
فكما انه لا دليل على عدم صحة انصراف الامام عليه عن مقصد
الى مقصد آخر ، كذلك لا دليل على مزاحمة احد الفقهاء لفقيه آخر .
(فقد ظهر مما ذكرنا) من اختلاف جواز مزاحمة احد الفقهاء لفقيه آخر ، و
عدم جوازها — حسب اختلاف المستند لنيابة الفقيه — (الفرق بين
الحكام) الشرعيين (وبين الاب والجد) حيث ان الاب والجد لهما
المزاحمة مطلقا ، بخلاف الحكام فلمهم المزاحمة فى بعض الصور (لاجل
الفرق بين كون كل واحد منهم حجة ، وبين كون كل واحد منهم نائباً)
فعلى الحجية لا تجوز المزاحمة ، بخلاف مالو بنينا على النيابة .
(وربما يتوهم كونهم) اى الفقهاء (حينئذ) اى حين كان كل
واحد منهم حجة (كالوكلاء المتعدد دين) لشخص واحد (فى ان بناء واحد

.....
 منهم على امر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الاول .
 ويندفع : بان الوكلاء اذا افرضوا وكلاء في نفس التصرف لافى مقدماته
 فعالم يتحقق التصرف من احدهم ، كان الآخر مأذوناً في تصرف مغاير ، و
 ان بنى عليه الاول ، و دخل فيه .
 اما اذا افرضوا وكلاء عن الشخص الواحد ، بحيث يكون الزامهم كالزامه
 و دخولهم في الامر كدخوله ، و فرضنا ايضا عدم دلالة دليل وكالتهم على
 الاذن في مخالفة نفس الموكل ، و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة واستنابة
 كان حكمه

منهم على امر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه
 الاول) فكذاك الفقهاء المتعددون .
 (ويندفع : بان الوكلاء اذا افرضوا وكلاء في نفس التصرف) كان
 حالهم ذلك (لافى مقدماته ، فعالم يتحقق التصرف من احدهم ، كان
 الآخر مأذوناً من قبل الموكل (في تصرف مغاير ، و ان بنى عليه)
 الوكيل (الاول ، و دخل فيه) كلمة : ان ، و صلية .
 (اما اذا افرضوا وكلاء عن الشخص الواحد ، بحيث يكون الزامهم
 كالزامه ، و دخولهم في الامر كدخوله) - وهذا تفسير : مقدماته ، مما
 نفاه في القسم الاول بقوله : لافى مقدماته ، - (و فرضنا ايضا عدم
 دلالة دليل وكالتهم على الاذن في مخالفة نفس الموكل ، و) على الاذن
 في (التعدى عما بنى هو عليه مباشرة او استنابة) بان لم يفهم من دليل
 الوكالة اجازة العمل للوكيل اذا استناب الموكل انساناً آخر (كان حكمه) اي

.....
 حكم مانحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة .

و الوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدد دين المتعلقة بنفس ذى المقدمة فتأمل .
 هذا كله مضافا الى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة الى الحكام سيما فى مثل هذا الزمان الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى

الوكيل (حكم مانحن فيه) من نواب الامام (من غير زيادة ولا نقيصة) .
 (و الوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدد دين المتعلقة) تلك التوكيلات (بنفس ذى المقدمة) فقالوا : كما يجوز التزام بين الوكلاء ، كذلك يجوز التزام بين الفقهاء (فتأمل) .
 اذكون النيابة عن الامام مثل الوكالة المقيدة بما ذكره المصنف به بقوله : وفرضنا ايضا عدم دلالة دليل . . الخ ، اول الكلام بل ظاهر ادلة النيابة انها كالوكالة المطلقة .

فمقتضى القاعدة ان حال الفقهاء كحال الوكلاء المطلقين ، بل تعييد الوكالة والنيابة بهذا القسم : اى ما ذكره بقوله ، وفرضنا الخ ، خارج عن محل البحث الذى هو فى ما يستفاد من ادلة النيابة : كالوكالة المطلقة عرفا .

(هذا كله) تقريب عدم جواز التزام بين الفقهاء (مضافا الى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة الى الحكام) لان كل حاكم يجر القضية الى نفسه ، وذلك مما يوجب النزاع والخلاف (سيما فى مثل هذا الزمان الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى

الحكومة .

وكيف كان فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز راحة فقيه لمثله ، في كل الزام قولى ، او فعلى ، يجب الرجوع فيه الى الحاكم .
 فاذا قبض مال اليتيم من شخص ، او عين شخصا قبضه ، او جعله ناظرا عليه ، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره ، لان نظره كنظر الامام .

الحكومة (عن قبل الامام .

وفيه ان فرض عدالة الحكام الواقعيين كاف في عدم لزوم الاختلال .
 اما الحكام الادعائيون فعملهم ما يوجب الاختلال ليس موجبا للتبدل الحكام .

بل نرى الآن انه لا يلزم الاختلال مع اننا شاهد تعدد الحكام الواقعيين وتجاربهم لبعض القضايا والله المستعان .
 (وكيف كان فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله ، في كل الزام قولى ، او فعلى ، يجب الرجوع فيه الى الحاكم) فاذا لزم الحاكم امر اقولا كالحكم بين المترافعين ، او فعلا كما لو شرع في غسل الميت الذى لا ولى له لا يجوز لحاكم آخر مزاحمته .

و المراد بالالزام الشروع في مقدماته ولو لم يصل الى ذى المقدمة (فاذا قبض) الحاكم (مال اليتيم من شخص ، او عين شخصا قبضه او جعله) الحاكم (ناظرا عليه) اى على مال اليتيم (فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره ، لان نظره) على مذاق المصنف (كنظر الامام) حيث لا يجوز للانسان مخالفة نظر الامام .

.....

واما جواز تصدى مجتهد للمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم فيها اذا لم يعرض عنها ، بل بنى على الحكم فيها فلان وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم .

ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الاب والجد ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا ؟

وقد يقال : بان : عموم الراد عليهم ، شامل للفقيه الآخر ، والرّد يشمل فيما اذا شرع الفقيه الاول فى المقدمات ، ولا يخفى ما فيها .
(و) ان قلت : على ما ذكرتم من عدم جواز تصدى مجتهد ثان لما تصداه مجتهد اول ، فلم اجاز الفقهاء ان ينظر المجتهد الثانى فى قضية المترافعين قبل حكم المجتهد الاول ؟ .

قلت : (اما جواز تصدى مجتهد للمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم) من المجتهد الاول (فيها) اى فى تلك المرافعة (اذا لم يعرض) المجتهد الاول (عنها) اى عن تلك المرافعة (بل بنى) المجتهد الاول (على الحكم فيها فلان وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم) الاول ويوجب الحكم على الثانى اذا اعرض من له الحكم عن الاول و توجه الى الثانى .

ولا يخفى ضعف هذا الفارق ، فهل يقول المصنف ره بجواز الاعراض عن حكم الامام الى المجتهد فيما اذا كانا حاضرين واراد الامام الحكم ؟ .
(ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الاب والجد ملاحظة الغبطة) والمصلحة (لليتيم) فى التصرف فى ماله (ام لا) يشترط .

.....

ذكر الشهيد في قواعده ان فيه وجهين .

ولكن ظاهر كثير من كلماتهم انه لا يصح الامع المصلحة ، بل في مفتاح الكرامة انه اجماعى وان الظاهر من التذكرة - في باب الحجر - كونه اتفاقا بين المسلمين ، وعن شيخه في شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب وقد عرفت تصريح الشيخ والحلى بذلك ، حتى في الاب والجد .
ويدل عليه - بعدما عرفت من اصاله عدم الولاية لاحد على احد -

(ذكر الشهيد في قواعده ان فيه وجهين) لزوم الملاحظة لقوله

تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن .

وعدم اللزوم ، لان غيرهما قائم مقامهما فلا تكليف ازيد على غيرهما .
والاحسن في الآية مقابل الفساد ، بقريته قوله تعالى في آية اخرى
وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المصلح من المفسد .

(ولكن ظاهر كثير من كلماتهم انه) اى التصرف في اموال اليتيم
(لا يصح الامع المصلحة ، بل في مفتاح الكرامة انه اجماعى ، وان الظاهر
من التذكرة - في باب الحجر - كونه اتفاقا بين المسلمين) لا عند علماء
الشيعة فقط (وعن شيخه) اى شيخ مفتاح الكرامة ، وهو الشيخ جعفر
صاحب كشف الغطاء (في شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب ، وقد
عرفت) سابقا (تصريح الشيخ والحلى بذلك) اى بلزوم مراعات المصلحة
والغبطة (حتى في الاب والجد) فعن غيرهما بطريق اولى .

(ويدل عليه) اى على لزوم رعاية المصلحة (- بعدما عرفت من

اصاله عدم الولاية لاحد على احد -) فلا ولاية لاحد على الصغير ، الا

عموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن .

و حيث ان توضيح معنى الآية — على ما ينبغي — لم اجدہ فى كلام احد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام ، فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام ، فنقول ان « القرب » فى الآية يحتمل معانى اربعة .

الاول : مطلق التقلب والتحرك حتى من مكان الى آخر ، فلا يشمل مثل ابقائه على حال ، او عند احد .

الثانى : وضع اليد عليه بعد ان كان بعيدا عنه ، ومجتنباً ، فالمعنى تجنبوا عنه و

بقدر خرج بالدليل ، وهو ما اذا كان التصرف صلاحاً ، فاذا لم يكن صلاحاً — ولو لم يكن فساداً ايضا — فالاصل عدم الولاية (عموم قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن) فان عمومها شامل لكل من يتولى التصرف فى مال اليتيم .

(و حيث ان توضيح معنى الآية — على ما ينبغي — لم اجدہ فى كلام احد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام ، فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام ، فنقول : ان « القرب » فى الآية المنفى ، ب : لا ، (يحتمل معانى اربعة) .

(الاول : مطلق التقلب والتحرك حتى من مكان الى) مكان (آخر

فلا يشمل مثل ابقائه على حال ، او عند احد) لانه ليس تقلباً وتحريكاً .

(الثانى : وضع اليد عليه) اى على مال اليتيم (بعد ان كان) المال (بعيداً عنه) اى عن واضع اليد ، بان لم يكن تحت يده وفى تصرفه (و مجتنباً) عطف على : بعيداً ، (فالمعنى تجنبوا عنه) اى عن مال اليتيم (و

لا تقربوا الا اذا كان القرب احسن ، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع .

الثالث : ما يعد تصرفا عرفا ، كالاقتراض ، والبيع ، والاجارة ، وما اشبه ذلك ، فلا يدل على تحريم ابقائه بحاله تحت يده اذا كان التصرف فيه احسن منه ، الابتقيق المنط .

الرابع : مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم ، اعم من الفعل ، والترك ، والمعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا وتركاً ، الا ما كان

لا تقربوا) اليه (الا اذا كان القرب احسن ، فلا يشمل) : لا تقربوا (حكم ما بعد الوضع) او الارتكاب ، وانه كيف ينبغي ان يصنع به .

(الثالث : ما يعد تصرفا عرفا ، كالاقتراض ، والبيع ، والاجارة ، وما اشبه ذلك) من سائر المعاملات (فلا يدل على تحريم ابقائه) اى مال اليتيم (بحاله تحت يده اذا كان التصرف فيه احسن منه) لان الآيه انما نهى عن التصرف الذى ليس باحسن ، ولم ينه عن الابقاء - الذى ليس باحسن ذلك الابقاء عن التصرف - (الابتقيق المنط) بان يقال : اذا كان تصرف احسن من تصرف يجب التصرف الاحسن ، فكذلك اذا كان التصرف احسن من الابقاء ، يجب التصرف .

(الرابع : مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم ، اعم من الفعل ، والترك) .

مثال الترك : ان يدعه بحاله ، وان كان الفعل افضل ، واعم من الابتدائى ، والاستمرارى ، والحاصل اعم من الاقسام الثلاثة المتقدمه (والمعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا وتركاً ، الا ما كان

.....
 احسن من غيره ، فيدل على حرمة الابقاء فى الفرض المذكور ، لان ابقائه
 قرب له بما ليس احسن .

واما لفظ : الاحسن ، فى الآيه ، فيحتمل ان يراد به ظاهره من
 التفضيل .

و يحتمل ان يراد به الحسن .
 وعلى الاول : فيحتمل التصرف الاحسن من تركه — كما يظهر من
 بعض — و يحتمل ان يراد به ظاهره ، وهو الاحسن مطلقا من تركه ، ومن
 غيره من التصرفات .

احسن من غيره) .

وعلى هذا (فيدل) النهى (على حرمة الابقاء فى الفرض المذكور)
 فيما كان التصرف فيه بالاتجار ونحوه ، احسن (لان ابقائه قرب له)
 اى للمال (بما ليس احسن) هذا تمام الكلام فى احتمالات : لا تقربوا .
 (واما لفظ : الاحسن ، فى الآيه ، فيحتمل ان يراد به ظاهره من
 التفضيل) فاذا كان هناك تجارتان ، احديهما : تريح عشرة ، والاخرى
 احدى عشرة ، لا يجوز الاتجار بما ربحه عشرة .

(و يحتمل ان يراد به الحسن) فيكون لفظ : الاحسن ، عرفيا ، كما
 يقول الفقهاء : الاقوى ، او : الاحوط ، او ما شبهه .

(وعلى الاول) اى ارادة التفضيل (فيحتمل التصرف الاحسن من
 تركه — كما يظهر) هذا المعنى (من بعض — و يحتمل ان يراد به ظاهره
 وهو الاحسن مطلقا من تركه ، ومن غيره من التصرفات) .

.....

وعلى الثانى : فيحتمل ان يراد ما فيه مصلحة ، ويحتمل ان يراد به
 مالا مفسدة فيه على ما قيل : من ان احد معانى الحسن مالا حرج فى فعله .
 ثم : ان الظاهر من احتمالات ((القرب)) هو الثالث .
 ومن احتمالات : الاحسن ، هو الاحتمال الثانى اعنى التفضيل
 المطلق ، وحينئذ فاذا فرضنا ان المصلحة ا

فمثلا : اذا كان فى الترك بقاء المال ، وفى التجارة يمكن ربح
 عشرة ، ويمكن ربح احدى عشرة ،
 فعلى الاحتمال الاول : يجوز الاتجار بما ربحه عشرة .
 وعلى الاحتمال الثانى : لا يجوز الا بما ربحه احدى عشرة .
 (وعلى الثانى) اى يراد ب : الاحسن ، الحسن ، لا التفضيل (فيحتمل
 ان يراد ما فيه مصلحة ، ويحتمل ان يراد به مالا مفسدة فيه) .
 مثلا : قرض المال مالا مفسدة فيه ، ولكن ليس فيه مصلحة ، بينما
 جعله فى التجارة فيه مصلحة .

ثم : ان ارادة مالا مفسدة فيه من : الاحسن ، بمعنى : الحسن ،
 انما هو (على ما قيل : من ان احد معانى الحسن مالا حرج فى فعله)
 بل ربما يقال : ان هذا معنى عرفى يستفاد من اللفظ فى مثل هذه المواضع .
 ثم : ان الظاهر من احتمالات ((القرب)) هو الثالث (اى ما يعد
 تصرفا عرفا .

(ومن احتمالات : الاحسن ، هو الاحتمال الثانى) اى من الاول
 وهو الاحسن مطلقا (اعنى التفضيل المطلق ، وحينئذ فاذا فرضنا ان المصلحة

.....
اقتضت بيع مال اليتيم ، فبعناه بعشرة دراهم ، ثم فرضنا انه لا يتفاسوت
لليتيم ابقاء الدراهم ، او جعلها دينارا ، فاراد الولى جعلها دينارا ، فلا
يجوز ، لان هذا التصرف ليس اصلح من تركه ، وان كان يجوز لنا من اول
الامر بيع المال بالدينار ، لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار
بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا .

اما لو جعلنا الحسن بمعنى : مالا مفسدة فيه ، فيجوز .

اقتضت بيع مال اليتيم ، فبعناه بعشرة دراهم ، ثم فرضنا انه لا يتفاسوت
لليتيم ابقاء الدراهم) التى هى ثمن المتاع (او جعلها دينارا ، فاراد
الولى جعلها دينارا ، فلا يجوز ، لان هذا التصرف ليس اصلح من تركه ، و
ان) - وصلىة - (كان يجوز لنا من اول الامر بيع المال بالدينار ، لفرض
عدم التفاوت بين الدراهم والدينار ، بعد تعلق المصلحة ب) البيع ،
و (جعل المال نقدا) .

لكن الانصاف ان هذا خلاف الظاهر من النص والفتوى ، ومن
المتفاهم عرفا من نفس الآية .

ويؤيده باب النكاح ، اذ : التصرف فى النفس بالزواج اولى بالمراعات
من التصرف فى المال - بعد صدق اليتيم حال وجود الجد والقطع
باتحاد المناط فى الاب والجد - .

(اما لو جعلنا الحسن بمعنى : مالا مفسدة فيه ، فيجوز) تبديل

الدراهم بالدينار ، اذ : لامسدة فى هذا التبديل .

وكذا جعلنا القرب بالمعنى الرابع ، لانا اذا فرضنا ان القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله - كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور .

اذ : بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقدا ، فكما انه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم او دينار لان القدر المشترك احسن من غيره ، واحد العردين فيه لازمة لاحد هما على الآخر ، فيخير ، فكذلك بعد جعله دراهم ، اذا كان كل من ابقاء الدراهم على حالها ، وجعلها دينارا قريبا ، القدر المشترك احسن من غيره ، فاحد

(وكذا جعلنا القرب بالمعنى الرابع) اى مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم (لانا اذا فرضنا ان القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله) والتصرف فيه (- كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور) اى جعل دراهمه دينارا .

(اذ : بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقدا ، فكما انه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم او دينار) بان يبيعه بالدراهم او بالدينار (لان القدر المشترك) بين الدرهم والدينار (احسن من غيره واحد العردين) من الدراهم والدينار (فيه) اى فى القدر المشترك (لازمة لاحد هما على الآخر ، فيخير ، فكذلك) (« فيخير » مربوط بقوله : مخير ، (بعد جعله) اى المال (دراهم) .

وذلك (اذا كان كل من ابقاء الدراهم على حالها ، وجعلها دينارا قريبا) للمال (والقدر المشترك) بينهما (احسن من غيره ، فاحد

الفردين لامزية فيه على الآخر، فهو مخير بينهما .

والحاصل : انه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء لكون القدر المشترك بينهما احسن ، وعدم مزية لاحد الفردين ، تحقق التخيير لاجل ذلك استدامة فيجوز العدول من احدهما بعد فعله الى الآخر اذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم ، وان كان فيه نفع يعود الى المتصرف .

لكن الانصاف : ان المعنى الرابع للقرب ، مرجوح فى نظر العرف

الفردين لامزية فيه على الآخر) وعليه (فهو مخير بينهما) ابتداءً و استمراراً .

(والحاصل : انه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء كان يبيع مال الصغير بدرهم او دينار (لكون القدر المشترك بينهما احسن (و) ل (عدم مزية لاحد الفردين) على الآخر (تحقق التخيير لاجل ذلك) اى لاجل ان القدر المشترك حسن ولا مزية (استدامة) .

ومعنى الاستدامة : ما ذكره بقوله : (فيجوز العدول من احدهما بعد فعله الى الآخر ، اذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم) مثلاً يبدل دراهمه الى دنانير (وان كان) العدول (فيه نفع يعود الى المتصرف) كان يكون ثقل الدينار اقل من ثقل الدرهم ، فيكون الدينار اقل كلفة بالنسبة اليه .

(لكن الانصاف : ان المعنى الرابع للقرب) اى مطلق الامر

الاختيارى ، فعلا او تركا (مرجوح فى نظر العرف

بالنسبة الى المعنى الثالث ، وان كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام ان لا يختاروا فى امر مال اليتيم الا ما كان احسن من غيره .

نعم : ربما يظهر من بعض الروايات ، ان مناط حرمة التصرف هو الضرر ، لا ان مناط الجواز هو النفع .

ففى حسنة الكاهلى قال لابي عبد الله عليه السلام ، انالندخل على اخ لنا فى بيت ايتام ، ومعهم خادم لهم فنقعد على

بالنسبة الى المعنى الثالث) وهو ما يعد تصرفا عرفا (وان كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام) اى قوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم (ان لا يختاروا فى امر مال اليتيم الا ما كان احسن من غيره) فيقرب المعنى الرابع بهذا اللحاظ .

وهذا اقرب بملاحظة ان الكلام انما يكون مفيد للمعنى مع ملاحظة القرائن المحتفة بالكلام ، سواء كانت قرائن عقلية ، او لفظية .

(نعم : ربما يظهر من بعض الروايات ، ان مناط حرمة التصرف) فى مال اليتيم (هو الضرر ، لا ان مناط الجواز هو النفع) فاذا لم يكن ضرر جاز .

وهذا يؤيد ان ليس المراد بالاحسن ، التفضيل ، ولا ماله حسن فى الجملة بل يكفى عدم الضرر .

(ففى حسنة الكاهلى قال لابي عبد الله عليه السلام ، انالندخل على اخ لنا فى بيت ايتام ، ومعهم خادم لهم) اى للايتام (فنقعد على

بساطهم ، و نشرب من مائهم ، و يخذ مناخاد مهم ، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا ، وفيه من طعامهم ، فماترى فى ذلك ؟ قال : ان كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم ، فلا بأس ، و ان كان فيه ضرر ، فلا ، بناءً على ان المراد من منفعة الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم ، فيكون المراد بالضرر فى الدليل ان لا يصل الى الايتام ما يوازى ذلك ،

بساطهم ، و نشرب من مائهم ، و يخذ مناخاد مهم ، و ربما طعمنا) اى اكلنا (فيه) اى فى ذلك البيت (الطعام من عند صاحبنا ، و) الحال ان (فيه) اى فى ذلك الطعام الذى طعمناه (من طعامهم ، فماترى فى ذلك ؟ قال : ان كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم ، فلا بأس ، و ان كان فيه ضرر فلا) .

وجه الاستدلال بهذه الرواية على كفاية عدم الضرر (بناءً على ان المراد من منفعة الدخول) فى قوله : منفعة لهم ، (ما) اى منفعة (يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم) فان هذا المعنى هو الاستفادة من هذه الجملة عرفاً .

فمثلاً : ان دخول زيد فى دارهم يوجب عنوانا لهم ، وحفظاً لاحترامهم او لاجل التعامل لاشتراء اموالهم ، او ما شبه ذلك ، مما يعد فى العرف منفعة فى قبال الضرر الذى يتوجه اليهم ، باكل طعامهم او استخدام خادمهم (فيكون المراد بالضرر فى الدليل ان لا يصل الى الايتام ما يوازى ذلك) التصرف فى طعامهم و خادمهم ، فاذا لم يصل ما يوازى تصرف الدخول كان التصرف حراماً ، و اذا وصل ما يوازى التصرف كان حلالاً

فلاتنافى ذلك بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين ، من :
 ان الصدر دال على اناطة الجواز بالنفع ، والذيل دال على اناطة
 الحرمة بالضرر ، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر .
 وهذا منه مبنى على ان المراد بالمنفعة الدخول ، النفع الملحوظ
 بعد وصول ما بازاء مال اليتيم اليه ، بمعنى ان تكون المنفعة في معاوضة
 ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل اليهم من ماله كان يشرب ماء فيعطى فلسا

(فلاتنافى ذلك بين الصدر) القائل : بان صورة المنفعة جائزة (و
 الذيل) القائل : بان صورة الضرر ليست جائزة (على ما زعمه بعض
 المعاصرين) وبين وجه التنافى بقوله : (من : ان الصدر دال على اناطة
 الجواز بالنفع) ولازمه : انه اذا لم يكن نفع ، لم يجز (والذيل دال
 على اناطة الحرمة بالضرر) ولازمه الجواز ، اذا لم يكن ضرر ، سواء كان
 نفع ، ام لا (فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر) .
 فالصدر يقول : لا يجوز ، والذيل يقول : يجوز .

(وهذا) التوهم للتعارض في هذا المورد (منه) اى من هذا
 المعاصر (مبنى على ان المراد بالمنفعة الدخول ، النفع الملحوظ) اى
 الزائد (بعد وصول ما بازاء مال اليتيم) مال اليتيم كالماء ، وما بازائه
 كالفلس (اليه) اى الى اليتيم (بمعنى ان تكون المنفعة في معاوضة
 ما يتصرف من مال اليتيم) « من » بيان : ما ، (بما يتوصل اليهم) اى الى
 الايتام (من ماله) اى مال التصرف (كان يشرب ماء) (لايتام) فيعطى

بازائه ، وهكذا •

وانت خبير بانه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافى •

وفى رواية ابن المغيرة ، قلت : لابى عبد الله عليه السلام ان لى ابنة اخ يتيمة ، فريما اهدى لها الشئ ، فأكل منه ، ثم اطعمها بعد ذلك الشئ من مالى ، فاقول : يارب هذا بهذا قال لا بأس فان ترك الاستفصال

بازائه ، وهكذا) سائر التصرفات التى تقابل بالماء ،

والحاصل : انه اذا كانت المنفعة فى كلام الامام يراد بها النفع

الزائد ، يكون تعارض بين الصدر والذيل •

اما اذا لم يرد بالنفع ، النفع الزائد لم يكن تعارض بين الامرين ، بل

المراد : عدم الضرر ، فقط ، وكان الصدر ذكر مقدمة للذيل •

(وانت خبير بانه لا ظهور للرواية) فى ان المراد بالنفع ، النفع

الزائد اذ لا ظهور لكلمة : المنفعة ، فى ازيد من : عدم الضرر ، (حتى

يحصل التنافى) بين صدر الرواية وذيلها •

(وفى رواية ابن المغيرة ، قلت : لابى عبد الله عليه السلام ان

لى ابنة اخ يتيمة ، فريما اهدى لها الشئ ، فأكل) انا) منه ، ثم اطعمها بعد

ذلك) فى مناسبة اخرى (الشئ من مالى ، فاقول) فى نفسى (يا رب

هذا) الذى اطعمها (بهذا) الذى اكلت منه (قال) عليه السلام (لا

بأس) •

وجه الاستدلال بهذا الحديث لكفاية عدم الضرر فى التصرف فى

مال اليتيم ما ذكره بقوله : (فان ترك) الامام عليه السلام (الاستفصال

.....
 من مساواة العوض ، وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة الا ان
 يحتمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدى اليها ، واعطاء
 العوض بعد ذلك اصلح .

اذ الظاهر : ان الطعام المهدى اليها هو المطبوع ، وشبهه .
 وهل يجب مراعاة الاصلح ، ام لا ؟ وجهان ، قال الشهيد رحمه
 القواعد ، هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه ، او
 يكفي نفى المفسدة ، يحتمل الاول

من مساواة العوض ، وزيادته) بان يقول عليه السلام : لا يجوز التصرف
 في صورة المساوات ، ويجوز في صورة الزيادة (يدل على عدم اعتبار
 الزيادة) للعوض عن المقدار الذي يستعمله من مال اليتيم (الا ان
 يحتمل) الحديث (على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدى
 اليها) اي الى اليتيمة (واعطاء العوض بعد ذلك اصلح) لها ، لان
 الطعام الزائد يفسد ، فتعويضه خير لليتيمة .

(اذ الظاهر : ان الطعام المهدى اليها هو المطبوع ، وشبهه)
 والغالب ان يكون ازيد من حاجتها ، كما ان الغالب فساد بقائه ، فاكل
 الشخص منه ليعوضه لها صلاح بالنسبة اليها ، فتأمل .

(و) اذا قلنا : بلزوم المصلحة وعدم جواز كفاية عدم المفسدة ، ف
 (هل يجب مراعاة الاصلح ، ام لا ؟) بل يكفي الصالح (وجهان ، قال
 الشهيد رحمه في القواعد ، هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال
 المولى عليه ، او يكفي نفى المفسدة ، يحتمل الاول) اي رعاية المصلحة

لانه منصوب لها ، ولا صالة بقاء الملك على حاله ، ولان النقل والانتقال لا بد لهما من غاية ، والعدميات لا تكاد تقع غاية .
وعلى هذا هل يتحرى الاصلح ، ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه ، وجهان : نعم لمثل ما قلنا ، لان ذلك لا يتناهى .

(لانه) اى الولي (منصوب لها) للمصلحة (ولا صالة بقاء الملك على حاله) بدون نقل وانتقال ، اذا فعل الولي ما لم يكن فيه صلاح .
اذ : منتهى الامر الشك ، فيكون المحكم اصالة عدم تحرك الملك عن حاله الاول (ولان النقل والانتقال لا بد لهما من غاية) وغرض عقلائي (والعدميات لا تكاد تقع غاية) فان المصلحة وجودا ما عدم المفسدة فليس له وجود حتى يكون غاية للمعاملة .
(وعلى هذا) لزوم المصلحة فى عمل الولي (هل يتحرى) ويتفقد الولي (الاصلح ، ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه) فيجوز له العدول عن الاصلح الى الصلاح و : فيه ، اى فى العمل الذى يريد ايقاعه على الشئ المرتبط بالمولى عليه (وجهان) .
احدهما : (نعم) يلزم الاصلح (لمثل ما قلنا) فى اشتراط اصل المصلحة ، وذلك لاصالة عدم النقل والانتقال .
والثانى : (لا) يلزم مراعاة الاصلح (لان ذلك) اى الاصلح (لا يتناهى) اذ : ليس صلاح ، الا وفوقه اصلح .
فاذا قلنا بلزوم مراعاة الاصلح ، يلزم عدم تمكن الولي من التعامل اطلاقا .

.....
وعلى كل تقدير لو ظهر في الحال الاصلح والمصلحة لم يجز
العدول عن الاصلح .

ويتربط على ذلك اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه ، حيث لا مصلحة
ولا مفسدة ، وتزويج المجنون حيث لا مفسدة ، وغير ذلك ، انتهى ، الظاهر

(وعلى كل تقدير) سواء قلنا بلزوم الاصلح ، ام لا (لو ظهر في
الحال) الذي يريد الولي نقل مال المولى عليه (الاصلح والمصلحة)
معا كما لو كان للمتاع مشتريان ، احدهما يشتره بعشرة ، والآخر باحد
عشر (لم يجز العدول عن الاصلح) لاصالة عدم النقل في هذا الحال
وان قلنا بكفاية المصلحة في الجملة ، في غير هذا الحال .

(ويتربط على ذلك) الذي ذكرنا ، هل يشترط الاخذ بالمصلحة ،
ام يكفي عدم المفسدة ؟ (اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه) كما اذا كانت
دار مثلاً مشتركة بين اليتيم وغيره ، ثم باع غير اليتيم ، فاذا كان الاخذ
بالشفعة بالنسبة الى اليتيم صلاحاً ، كان اللازم على الولي ان يأخذ
بالشفعة ، وان لم يكن صلاحاً لم يلزم ، ف (حيث لا مصلحة ولا مفسدة)
لا يلزم الاخذ ، وان اخذ بالشفعة - والحال هذه - صح على القول
بكفاية عدم المفسدة ، ولم يصح على القول باشتراط المصلحة (وتزويج
المجنون حيث لا مفسدة) فانه صحيح على القول بكفاية عدم المفسدة ، و
باطل على القول باشتراط المصلحة (وغير ذلك) من الامثلة (انتهى)
كلام الشهيد في القواعد .

قال المصنف : (الظاهر) من تتبع النص والفتوى

ان فعل الاصلح فى مقابل ترك التصرف رأسا ، غير لازم ، لعدم الدليل عليه ، فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده وكان الاتجار به اصلح منه لا يجب ، الا اذا قلنا بالمعنى الرابع ، من معانى القرب فى الآيۃ ، بان يراد : لا تختاروا فى مال اليتيم امرا من الافعال او التروك الا ان يكون احسن من غيره .

وقد عرفت الاشكال فى استفادة هذا المعنى ، بل الظاهر : التصرفات الوجودية ، فهى المنهى عن جميعها الا ما كان احسن من غيره ، ومن

(ان فعل الاصلح فى مقابل ترك التصرف رأسا) بان يترك الولى التصرف لان يترك الاصلح و يفعل الصالح (غير لازم ، لعدم الدليل عليه) اذ : ظاهر الآيۃ — كما قيل — ان القرب ، لو اراد به لزم ان يكون بالاحسن لان القرب واجب مطلقا (فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده وكان الاتجار به) اى بالمال (اصلح منه) اى من البقاء عنده (لا يجب) على الولى الاتجار (الا اذا قلنا بالمعنى الرابع ، من معانى القرب فى الآيۃ ، بان يراد : لا تختاروا فى مال اليتيم امرا من الافعال او التروك الا ان يكون احسن من غيره) .

وعلى هذا المعنى لا يمكن ان يختار فى مال اليتيم يقائه موضوعا فى حال كون الاتجار احسن .

(وقد عرفت الاشكال فى استفادة هذا المعنى) من الآيۃ (بل الظاهر) من : القرب (التصرفات الوجودية ، فهى المنهى عن جميعها لا ما كان احسن من غيره ، ومن

واما اذا انتهت الى اذن المالك ، او اجازته ، او صدرت منه و كان تصرفه على وجه الاصاله فلا تقع على وجهين ، بل تكون فاسدة ، ا و صحيحة لازمة اذا كان وضع العقد على اللزوم .

واما التعليل المستفاد من الرواية المروية فى النكاح من قوله عليه السلام : لم يعص الله و انما عصى سيده الخ ، فهو جاز فيمن لم يكن له مال ، كما ان العبد لا يملك من نفسه ، و اما المالك المحجور عليه ، فهو عاص

(و اما اذا انتهت) العقود (الى اذن المالك ، او اجازته) الاذن السابق على العقد ، و الاجازة لاحقة عليه (او صدرت) العقود (منه) اى من المالك مباشرة (و كان تصرفه على وجه الاصاله) عطف بيان على « صدرت منه » (فلا تقع على وجهين) متزلزلا و مراعى ، بان تكون صحيحة تارة و فاسدة اخرى (بل تكون فاسدة) اذا لم يكن هناك الشرائط المعتبرة فى العقود (او صحيحة لازمة) اذا توفرت الشرائط (اذا كان وضع العقد على اللزوم) شرط لقوله « لازمة » كالبيع و نحوه ، لاخراج مثل الهبة ، حيث ان صحتها لا تلازم لزومها .

(و اما التعليل المستفاد من الرواية المروية فى النكاح من قوله عليه السلام : لم يعص الله و انما عصى سيده الخ ، ف) هذا لا يدل على ان الراهن لم يعص الله ببيعه ، و انما عصى المرتهن ذى الحق ، فاذا اجاز المرتهن جاز ، اذ (هو) اى التعليل (جاز فيمن لم يكن له مال ، كما ان العبد لا يملك) العقد (من نفسه ، و اما المالك) الذى يملك من نفسه كالراهن (المحجور عليه ، فهو عاص

فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقا

الله تعالى بتصرفه ، ولا يقال : انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا ، وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف .

و ما ذكرناه جار فى كل مالك متمول لا مر نفسه اذا حجر على ماله لعارض ، كالفلس ، وغيره ، فيحكم بفساد الجميع .
و ربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة

الله تعالى بتصرفه) اذا الله سبحانه لم يأذن لهذا التصرف (ولا يقال : انه عصى المرتهن) كما قيل فى العبد انه عصى سيده (لعدم كونه مالكا) اى المرتهن ليس بمالك (وانما منع الله من تفويت حقه) اى حق المرتهن (بالتصرف) اى تصرف الراهن فى المال ، فهو منع من الله ابتداءً ، لا انه منع الله تابع لعصيان المرتهن ، كما كان فى العبد ، حيث ان منع الله له كان تابعا لمنع السيد .

(و ما ذكرناه) من ان التصرف فى مال نفسه المتعلق لحق الغير فاسد (جار فى كل مالك متول لا مر نفسه) ممن كان محجورا على ماله (اذا حجر على ماله لعارض ، كالفلس) فانه اذا تصرف الفلّس كان تصرفه باطلا ، لانه محتاج الى اجازة الغرماء (وغيره) كالمرضى فى ازيد من الثلث ، على قول (فيحكم بفساد الجميع) اى جميع تصرفات المالك المحجور .

(و ربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة) كالشريك الذى يبيع حقه من غير الشريك ، فان المبيع محجور لمصلحة الشريك ، لكن تصرفه نافذ وليس بباطل .

فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء ، هو الاقوى ، انتهى .
ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه
الاستقلال .

و يبيعه على وجه النيابة .

و منع اقتضاء مطلق النهي لالامر خارج للفساد .

اولا : ان نظير ذلك يتصور في بيع الراهن ، فانه

وكيف كان (فالقول بالبطلان هنا) في بيع الراهن (كما اختاره
اساطين الفقهاء ، هو الاقوى) التفريع لاصل مسألة بيع الراهن لا لـ
« ربما » (انتهى) اى كلام المعاصر في وجه بطلان بيع الراهن .
(ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم) بالصحة (بين بيع ملك
الغير على وجه الاستقلال) كما يفعله الغاصب والجاهل بان المبيع
مال الناس ، بل يزعم انه مال نفسه .

(و) بين (يبيعه على وجه النيابة) عن المالك ، كما يفعله الفضول ،
بل مقتضى القاعدة صحة كليهما كما تقدم في باب بيع الفضولى .
(و) بعد (منع اقتضاء مطلق النهي لالامر خارج للفساد) .
اذ النهى اذا كان ارشاديا يقتضى الفساد .

اما اذا كان مولويا لم يكن مقتضيا للفساد كما حقق في الاصول في باب
ان النهى عن المعاملة هل يقتضى الفساد ، ام لا ؟

(اولاً : ان نظير ذلك) اى بيع الفضولى متوقفاً للاجازة وعدمها
تارة ، وبيعه استقلالاً تارة اخرى (يتصور في بيع الراهن ، فانه) اى

قد يبيع رجاءاً لاجازة المرتهن، ولا ينوى الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن، او بحكمه، او ناسياً، ولا حرمة فى شئ من ذلك .

وثانياً : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعنى قولهم : الراهن والمرتهن ممنوعان، ومعلوم ان المنع فى المرتهن انما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفاً .

الراهن (قد يبيع رجاءاً لاجازة المرتهن، ولا ينوى الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن) موضوعاً (او بحكمه) وانه لا يجوز له البيع الا باجازة المرتهن (او ناسياً) للموضوع او الحكم (ولا حرمة فى شئ من ذلك) اى البيع جهلاً بالموضوع او الحكم، او نسياناً لهما .

واذا لحرمة لافساد، فان المستشكل اراد ان يستدل على الفساد بالحرمة، ولذا رده الشيخ بهذا الرد .

(وثانياً : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن) عن التصرف (كونه) استقلالاً، لافضولة رجاء الاجازة، فهو على نحو منع المرتهن) فى كونه ممنوعاً استقلالاً، لا برجاء الاجازة (على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعنى) بالمعقد (قولهم : الراهن والمرتهن ممنوعان، ومعلوم ان المنع) عن التصرف (فى المرتهن، انما هو على وجه) الاستقلال، ف (لا ينافى وقوعه) اى البيع من المرتهن (موقوفاً) كما يقع البيع من المرتهن موقوفاً .

.....
 وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على
 سبيل الاستقلال ، وعدم مراجعة صاحبه فى ذلك .
 واثبات المنع ازيد من ذلك يحتاج الى دليل ، ومع عدمه ، يرجع
 الى العمومات .
 واما ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه
 مستند الى الفرق بينهما ، فلم اتحقق الفرق بينهما

(وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن والوفاء) بعد ذلك
 (بمقتضاه) بان تسليم المال الى المشتري (على سبيل الاستقلال ، وعدم
 مراجعة صاحبه) اى صاحب الرهن - وهو المالك - (فى ذلك) الوفاء
 بمقتضى العقد .

(واثبات المنع) عن التصرف (ازيد من ذلك) اى ازيد من التصرف
 الاستقلالى - بان يكون التصرف المتوقف على اجازة الراهن ايضا ممنوعا
 - (يحتاج الى دليل) مفقود (ومع عدمه) اى عدم الدليل (يرجع الى
 العمومات) الدالة على صحة الفضولى .

واذا تحقق الامر فى المرتبه كان الراهن مثله فى جواز التصرف
 على نحو الفضولية والتوقف على اجازة الطرف الآخر .

(واما ما ذكره) المعاصر (من منع جريان التعليل فى روايات العبد
 فيما نحن فيه) اى بيع الراهن ، وهو قوله (واما التعليل المستفاد)
 (مستندا) فى منعه (الى الفرق بينهما) بين نكاح العبد ، وبين بيع
 الراهن (فلم اتحقق الفرق بينهما) .

.....
 بل الظاهر كون النهى فى كل منهما الحق الغير، فان منع الله - جل
 ذكره - من تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير
 من غير فرق بين بيع الفضولى، ونكاح العبد، وبيع الراهن .
 واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد .
 ففيه ان الحكم فيهما تعبد .
 ولذا لا يؤثر الاذن السابق فى صحة البيع .

اذ كل منهما ليس معصية ذاتية كشرب الخمر، بل عصيان، لانه
 تصرف فى حق الغير، فاذا اجاز الغير « ذى الحق » جاز (بل الظاهر
 كون النهى فى كل منهما) اى من نكاح العبد، وبيع الراهن (لحق
 الغير، فان منع الله - جل ذكره - من تفويت حق الغير ثابت فى كل
 ما كان النهى عنه لحق الغير) لالا جل امر ذاتى حاصل فى نفس المنهى
 عنه (من غير فرق بين بيع الفضولى، ونكاح العبد، وبيع الراهن) و
 سائر معاملات الفضول، كاجارته، ومضاربه، ومزارعته، ومساقاته، و
 غيرها .

(واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد)
 فكما لا يصح هذين، لا يصح بيع الراهن .
 (ففيه ان الحكم فيهما) بيع الوقف وام الولد (تعبد) لامر ذاتى
 فيهما .

(ولذا لا يؤثر الاذن السابق) من مالك ام الولد، ومالك الوقف
 (فى صحة البيع) بخلاف بيع الرهن حيث لانهى ذاتى فيه، ولذا

• فقياس الرهن عليه فى غير محله .

وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب ، بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا ، بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق .

ويندرج فى ذلك الفضولى ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمريض ، وعقد الزوج لبنت اخت زوجته ، واخيها ،

يؤثر اذن المرتهن السابق فى صحة البيع .

• (فقياس الرهن عليه) على بيع الوقف وام الولد (فى غير محله) .

(وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب) التى تظهر من كلامهم فى باب الفضولى وغيره (بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى) فى رفع المنع (اذنه السابق) بان كان المحذور فقط عدم اذن ذى الحق (لا يقتضى) اجراء المعاملة بدون الاذن السابق (الابطال) للمعاملة (رأسا) سواء اجاز بعد ذلك ذو الحق ، ام لا (بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه) اى على ذلك التعامل ، اذا اراد العامل ترتيب الاثر (مستقلا من دون مراجعة ذى الحق) لا سابقا ولا لاحقا .

ويندرج فى ذلك (اى فى الذى قلنا انه يستفاد من طريقة الاصحاب) الفضولى ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمريض ، وعقد الزوج لبنت اخت زوجها ، او بنت (اخسا) اى ادخال امرئة على عمها واخالتها

وللأمة على الحرية، وغير ذلك .

فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب
الآثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون
مدخلية رضا غير المتعاقدين .

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناءً على ما سيجيئ من :
ان ظاهرهم كون الاجازة هنا كاشفة، حيث انه يلزم منه كون مال غير الراجح

(وللأمة على الحرية، وغير ذلك) كعقد المرتهن .

فان الفضولى يحتاج الى اجازة ذى الحق، والمفلس الى الغرماء
والمريض فيما زاد عن الثلث الى الورثة، وعقد المراءة الى اجازة العمه
الخالة والزوجة الحرية .

(فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب
الآثر المقصود من العقد عرفاً) (عرفاً) قيد (للمقصود) (وهو) اى المقصود
(صيرورته) اى العقد (سبباً مستقلاً لآثاره) اى آثار العقد (من دون
مدخلية رضا غير المتعاقدين) فان هنا الرضى ذى الحق (الذى هو
غير المتعاقدين) مدخلا، فان المتعاقدين هما الراجح والمشتري، و
لرضى المرتهن مدخل، وهكذا فى سائر الموارد التى ذكرناها .

(وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا) فى بيع الراجح .

وهذا الوجه انما يكون (بناءً على ما سيجيئ من : ان ظاهرهم كون
الاجازة هنا كاشفة) لاناقله، وهذا الوجه هو (حيث انه يلزم منه) اى من
كون بيع الراجح صحيحاً (كون مال غير الراجح

.....

— وهو المشتري — رهنا للبائع •

وبعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد ، اعنى ما قبل الاجازة •

وهذا نظير ما تقدم فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من انه على تقدير صحة البيع ، يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع •

— وهو المشتري —) اذ المال بمجرد البيع ينتقل الى المشتري — بناءً على كشف اجازة المرتهن من سبق انتقال المال ، من حين البيع — (رهنا للبائع) اى لفائدة البائع ، اذ البائع هو المدين •

(وبعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان) اذ الرهن يقتضى بقاء الوثيقة فى ملك الراهن ليقص منه المرتهن ، اذ الم يعط الراهن دينه والبيع معناه انه لا يملك الراهن الوثيقة (فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد ، اعنى ما قبل الاجازة) من المرتهن •

(وهذا نظير ما تقدم فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من) الاشكال فى صحة مثل هذا البيع ، ف (انه على تقدير صحة البيع ، يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع) بناءً على الكشف ، اذ لو باع زيد مال ابيه يوم الخميس ثم ملكه يوم الجمعة بسبب موت الاب ، فان بين الخميس و الجمعة المال للاب ، لانه المالك ، وللابن لان ملكية يوم الجمعة لابن يكشف عن صحة البيع فى يوم الخميس •

فكما ان هما متنافيان ، كذلك فى مانحن فيه البيع والرهن متنافيان •

.....
 و يدفعه ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع .
 والالجرى ذلك فى عقد الفضولى ايضا لان فرض كون المجيز مالكا
 للمبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة .
 واما ما يلزم فى مسألة : من باع شيئا ملكه ، فلا يلزم فى مسألة اجازة
 المرتهن .

(و يدفعه) اى اشكال التتافى بين الرهن والبيع (ان القائل)
 بصحة بيع الراهن (يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع) فان
 معنى الاجازة ان المرتهن رفع اليد عن كون دينه فى مقابل الوثيقة ، بل
 اكتفى بان يكون له دين على الراهن بدون الوثيقة .
 (والا) فلجرى هذا الاشكال فى باب بيع الراهن (لجرى ذلك)
 الاشكال (فى عقد الفضولى ايضا) مع ان المعاصر لا يستشكل فى عقد
 الفضولى (لان فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك
 مالكين) المجيز والمشتري (لملك واحد قبل الاجازة) المجيز لانه المالك
 واقعا ، والمشتري لان الاجازة كاشفة عن صحة البيع من حين البيع .
 (واما ما يلزم) من الاشكال (فى مسألة : من باع شيئا ملكه ، فلا
 يلزم فى مسألة اجازة المرتهن) اذا شكال « من باع » فى لزوم ان يكون
 لشئ واحد مالكان .
 ومن المعلوم ان المرتهن ليس مالكا حتى يلزم وجود مالكين على ملك
 واحد فيما بين العقد والاجازة .

نعم يلزم فى مسألة افتكاك الرهن ، وسيجئ التنبيه عليه انشاء الله تعالى .

ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة ، او ناقلة هو الكلام فى مسألة الفضولى .

ومحصله ان مقتضى القاعدة النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف .

والقول بالكشف هناك يستلزمه

(نعم يلزم) الاشكال (فى مسألة افتكاك الرهن) لانه بين العقد والاجازة يجب ان يكون المال رهنا ولا رهنا .

اذ بمقتضى انه مرهون فهو رهن ، وبمقتضى ان الاجازة كاشفة عن ملك المشتري من حين العقد يلزم ان لا يكون رهنا ، وهما متنافيان (و سيجئ التنبيه عليه انشاء الله تعالى) هذا .

(ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن) لبيع الراهن (كاشفة) عن صحة البيع من حين العقد (او ناقلة) من حين الاجازة (هو الكلام فى مسألة الفضولى) .

فمن قال بالكشف هناك ، يقول بالكشف هنا .

ومن قال بالنقل هناك ، يقول بالنقل هنا .

(ومحصله ان مقتضى القاعدة) التى تقدم تقريرها فى باب الفضولى

(النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار ، هو الكشف) .

(و) من المعلوم : ان (القول بالكشف هناك) فى باب الفضولى (يستلزمه)

هنا بالفحوى ، لان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى ، وهى هنا من قبيل رفع المانع .

ومن اجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن ، مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة .

و

اى الكشف (هنا) فى باب بيع الراهن (بالفحوى) والاولوية ، لان البائع فى باب الفضولى ليس مالكا ، وفى باب الراهن البائع مالك (لان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى) فى باب الفضولى ، فقبل الاجازة لم يتم المقتضى (وهى) اى اجازة المرتهن (هنا) فى باب الرهن (من قبيل رفع المانع) بعد وجود المقتضى .

ومن المعلوم : ان المقتضى ان لم يتم ، كان معناه عدم وجود العلة ، بخلاف ما اذا تم المقتضى ، ولكنه كان مانعا عن التأثير .
ولذا فالصحة هنا اولى من الصحة فى باب الفضولى .

فالقول بالكشف فى باب الرهن اولى من القول بالكشف فى باب الفضولى . (ومن اجل ذلك) الذى ذكرنا ان باب الرهن اولى بالصحة من باب الفضولى (جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن ، مع ان الايقاعات) التى منها العتق (عندهم لا تقع مراعاة) بالاجازة .

(و) ان قلت : ليس ذلك لاجل اولوية باب الرهن من باب الفضولى بل لاجل بناء العتق على التغليب ، بمعنى انه مهما وجدت راحة العتق حصل العتق .

الاعتذار عن ذلك - ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثاني
 فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد
 المرهون - مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة
 قدس سره فى تلك المسئلة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن .
 هذا اذا رضى المرتهن بالبيع، و اجازته .

قلت هذا غير تام، اذ (الاعتذار عن ذلك) اى عن وقوع العتق
 الفضولى فى باب الرهن (- ببناء العتق على التغليب، كما فعله
 المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى
 على العبد المرهون -) اذ ربما تكون هذه الجناية موجبة لسقوط العبد
 عن الوثيقية الكاملة، كما اذا كان الدين مائة وكان العبد يسوى مائة، و
 بعد ان فقت عيناه بواسطة جناية الجانى كانت قيمته خمسين دينارا -
 مثلا - فاذا عفى الراهن عن الجانى كان معناه اسقاط الرهن -
 الوثيقية الكاملة .

فهذا الاعتذار (مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق) لا بانه
 من باب التغليب، و « مناف » خبر « الاعتذار » (مع ان العلامة قدس
 سره فى تلك المسئلة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن) فان انفك الرهن
 كان عفو المالك فى محله، و الا لم يكن لعفوه اثر اذ هو عفو فى حق الغير .
 (هذا) الذى ذكرناه من بيع الراهن، و انه صحيح كالفضولى، و
 ليس باطلا - كما ادعاه المعاصر - (اذا رضى المرتهن بالبيع، و اجازته) .
 انما قال « و اجازته » لان الرضى الباطنى لا ينفع بدون الاجازة المظهرة له .

.....
 اما اذا اسقط حق الرهن ففى كون الاسقاط كاشفا ، او ناقلا ، كلام

يأتى فى افتكك الرهن او ابراء الدين .

ثم انه لا اشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازة ، وهو واضح وهل
 ينفع الاجازة بعد الرد ؟ وجهان من : ان الرد فى معنى عدم رفع اليد
 عن حقه ، فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولى لان المجيز
 هناك فى معنى احد المتعاقدين .

(اما اذا اسقط حق الرهن) بان خرجب الوثيقة عن كونها وثيقة ، و
 رجعت الى مالكمها مطلقة بدون تعلق بها (ففى كون الاسقاط كاشفا)
 حتى يكون البيع واقعا من حال العقد (او ناقلا) حتى يكون البيع
 حاصل من حال اسقاط حق الرهن (كلام يأتى فى افتكك الرهن او ابراء
 الدين) الذى كان الرهن بازائه ، بان ابراء المرتهن الدين الذى لم على الراهن .
 (ثم انه لا اشكال فى انه لا ينفع الرد) من المرتهن ، لمعاملة
 الراهن (بعد الاجازة) فان اجاز المرتهن ثم استثنى واراد الرد لم ينفع
 رده (وهو واضح) اذا الاجازة اوجبت صحة العقد اللازم ، و بعد انعقاد
 العقد ليس مجال لرده (وهل ينفع الاجازة بعد الرد ؟) كما لو سمع
 المرتهن ان الراهن باع ، فقال رد دت ، ثم اراد اجازته (وجهان) .
 وجه المنع (من : ان الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه ، فله
 اسقاطه) اى اسقاط الرد - بان يرفع اليد عن حقه - (بعد ذلك ، وليس
 ذلك) الرد فى المقام (كرد بيع الفضولى) حيث تقدم انه لا مجال للاجازة
 بعد ذلك (لان المجيز هناك) فى بيع الفضولى (فى معنى احد المتعاقدين)

وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر، بخلافه
 هنا فان المرتهن اجنبي له حق فى العين .
 ومن : ان الايجاب المؤثر انما يتحقق برضاء المالك والمرتهن،
 فرضاء كل منهما جزئى مقوم للايجاب المؤثر .
 فكما ان ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم .
 كذلك رد المرتهن ، وهذا

والاجازة قائمة مقام احد ركضى العقد .
 (وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر) فلو
 قال البائع بعت ، فقال المشتري ، لم اشتر ، فانه يبطل قول البائع « بعت »
 ولو قبل الاشتراء بعد ذلك ، لعدم تحقق « العقود » فلا يشمل : اوفوا
 بالعقود (بخلافه) اى الرد (هنا) فى باب الرهن (فان المرتهن اجنبي)
 وانما (له حق) فقط (فى العين) وانما الراهن هو المالك فاذا اسقط
 حقه اثر العقد اثره .
 (و) وجه ان الرد موجب لعدم فائدة فى اسقاطه (من : ان الايجاب
 المؤثر انما يتحقق برضاء المالك والمرتهن) لان لهما معا الحق فى الملك
 (فرضاء كل منهما جزئى مقوم للايجاب المؤثر) فايهما لم يتحقق لم يتحقق
 النقل والانتقال .
 فكما ان ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم) اذ
 لا يتحقق صدق : اوفوا بالعقود .
 (كذلك رد المرتهن) (يوجب عدم الانعقاد ، وان اجاز بعد ذلك (وهذا

.....
هو الاظهر من قواعدهم .

ثم ان الظاهر: ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرح به فى التذكرة، وحكى عن فخر الاسلام، والشهيد فى الحواشى وهو الظاهر عن المحقق، والشهيد الثانيتين .
و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك، كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط، او البراء، او بغيرهما، نظرا الى ان

هو الاظهر من قواعدهم) وان كان العرف يرى عدم البأس بالقبول بعد الرد .

(ثم ان الظاهر: ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة) فاذا باع الراهن ثم - قبل رد المرتهن - فك الرهن كان البيع صحيحا (لسقوط حق المرتهن) الذى كان مانعا عن نفوذ البيع (بذلك) الفك (كما صرح به فى التذكرة، وحكى عن فخر الاسلام، والشهيد فى الحواشى وهو الظاهر عن المحقق، والشهيد الثانيتين) صاحب جامع المقاصد و شرح اللمعة .

(و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك) للرهن (كما احتمله فى القواعد، بل) لا ينفع فى تصحيح البيع (مطلق السقوط) لحق المرتهن (الحاصل) ذلك السقوط (بالاسقاط) بان اسقط المرتهن حقه فى الرهن (او البراء) بان ابرء الراهن من الدين اصلا (او بغيرهما) كما لو صالح عن حقه بشئ مثلا، او ورث الراهن المرتهن .

وانما قال هؤلاء: بعدم فائدة البراء ونحوه فى لزوم البيع (نظرا الى ان

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في صحته .
والفرق بين الاجازة والفك ان مقتضى ثبوت الحق له ، هو صحة
امضائه للبيع الواقع في زمان حقه ، وان لزم من الاجازة سقوط حقه ،
فيسقط حقه بلزوم البيع .

وبالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه
اعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك ،

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه) اى حق المرتهن (بعد
ذلك) التصرف (لا يؤثر في صحته) اى صحيح البيع .
(و) ان قلت : فلماذا تقولون بانه اذا اجاز المرتهن ، كان البيع
نافذا ؟ و اى فرق بين الاجازة وبين الفك ؟

قلت : (الفرق بين الاجازة والفك ان مقتضى ثبوت الحق له) اى
للمرتهن (هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقه ، وان لزم من
الاجازة سقوط حقه) اى حق المرتهن ، و (ان) وصلية ، اى لامنافات بين
وجود الحق للمرتهن سابقا على الاجازة ، وسقوط حقه بالاجازة (فيسقط
حقه بلزوم البيع) الحاصل ذلك للزوم بالاجازة .

(وبالجملة فالاجازة) من المرتهن (تصرف من المرتهن في الرهن
حال وجود حقه اعنى حال العقد) اى عقد الراهن على المرهون ، اذ
المرتهن له الحق في المرهون حال عقد الراهن عليه (بما) متعلق ب
(تصرف) (يوجب سقوط حقه) فهو (نظير اجازة المالك) للفضولى .

اذ كلا من المرتهن و المالك صاحب حق في المال الواقع عليه العقد

فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقا

.....
 بخلاف الاسقاط، او السقوط بالابراء، او الاداء، فانه ليس فيه دلالة على
 مضى العقد حال وقوعه .

فهو اشبه شئ ببيع الفضولى، او الغاصب لنفسهما ثم تملكهما .
 وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة، مضافا الى استصحاب عدم اللزوم
 الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود بناء على ان هذا العقد غير لازم قبل
 السقوط، فيستصحب حكم الخاص .

(بخلاف الاسقاط) اى اسقاط حق المرتهن فى المال المرهون (او
 السقوط) لحقه (بالابراء، او الاداء، فانه ليس فيه دلالة على مضى العقد
 حال وقوعه) اى وقوع العقد .

(فهو) اى عقد الراهن ثم سقوط حق المرتهن (اشبه شئ ببيع
 الفضولى، او الغاصب لنفسهما) لا للمالك (ثم تملكهما) للمال .
 (وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة) لان حق المالك حال العقد
 لم يسقط باجازه من المالك، فهو بيع لمال الغير من دون اجازته (مضافا
 الى استصحاب عدم اللزوم) فيما اذا باع الراهن ثم سقط حقه، فان
 البيع قبل سقوط حقه لم يكن لازما، فاذا شك فى اللزوم، كان استصحاب
 عدم اللزوم محكما (الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود) اذ المعنى (عقودكم)
 و سابقا لم يكن عقودكم، فاذا شك فى انه صار بالاسقاط عقودكم، ام لا،
 كان استصحاب عدم محكما (بناء على ان هذا العقد) اى عقد الراهن
 (غير لازم قبل السقوط) لحق المرتهن (فيستصحب حكم الخاص) اى
 كون الراهن ممنوعا من التصرف الذى خصص عموم : اوفوا بالعقود .

.....
 وليس ذلك محل التمسك بالعام ، اذ ليس فى اللفظ عموم زمانى ،
 حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد
 السقوط داخلا فى العام .

و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم
 صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ، ما لم يتحقق

(وليس ذلك محل التمسك بالعام) اى : اوفوا بالعقود (اذ ليس
 فى اللفظ) اى « لفظ اوفوا بالعقود » (عموم زمانى) بان يقال : اوفوا
 بالعقود ، شامل لكل عقد ، ولكل زمان ، فبيع الراهن يجب الوفاء به فى
 كل زمان حين العقد وبعد العقد قبل السقوط ، وبعد العقد بعد
 السقوط ، خرج من هذا العام الزمانى حال العقد وقبل السقوط -
 لتخصيص « الراهن ممنوع من التصرف » لهذا العام - فيبقى بعد
 السقوط داخلا فى عموم : اوفوا .

لكن هذا التمسك بالعموم الزمانى غير تام ، اذ ليس فى « اوفوا » عموم
 زمانى (حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط) اى
 سقوط حق المرتهن (فيبقى ما بعد السقوط داخلا فى العام) اى العموم
 الزمانى المستفاد من « اوفوا » .

(و يؤيد ما ذكرناه) من عدم فائدة سقوط حق المرتهن فى تصحيح
 بيع الراهن (بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة
 نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه) فانه لو تزوج بدون اذن السيد
 ثم اعتق ، لم ينفعه العتق فى صحة النكاح ، مع انه ملك امره حالا (ما لم يتحقق

-
- الاجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا .
- ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور من جهة : ان عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس الالمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك ، بتسليط المالك .
- فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى ، وانما هو من جهة المانع .
- فاذا زال أثر المقتضى .

- الاجازة) من السيد (ولو) كانت الاجازة (بالرضا المستكشف) ذلك الرضا (من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا) .
- (ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور) اى احتمال عدم نفوذ عقد الراهن ، بعد ان سقط حق المرتهن (من جهة : ان عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس الالمزاحمة حق المرتهن) اذ حق المرتهن يحول دون نفوذ عمل الراهن المالك (المتقدم) ذلك الحق (على حق المالك ب) سبب (تسليط المالك) المرتهن على ماله .
- ومن المعلوم : ان المالك اذا سلط احدا على ماله تسليطا لازما ، لم يكن له ان يرجع عن ذلك التسليط ، ولذا يقدم تسليطه المرتهن على سلطة نفسه على نفس المال .
- (فعدم الأثر) اى أثر معاملة الراهن وبيعه (ليس لقصور فى المقتضى) اى ملكية المالك الراهن (وانما هو من جهة المانع) وهو حق المرتهن .
- (فاذا زال) المانع (أثر المقتضى) الذى هو الملك ولا يتوقف على

و مرجع ماذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفادة من نحو:
 اوفوا بالعقود ، و: الناس مسلطون على اموالهم ، ونحو ذلك عامة .
 و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى
 هو اسبق .

فاز ازال المزاحم وجب تأثير السبب .
 و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب ،

اجازة المرتهن .

(و مرجع ماذكرنا) من عدم الاحتياج الى اذن المرتهن ، بعد
 سقوط حقه (الى ان ادلة سببية البيع) للنقل و الانتقال (المستفادة)
 تلك السببية (من نحو : اوفوا بالعقود ، و: الناس مسلطون على اموالهم
 و نحو ذلك) نحو : احلّ الله البيع (عامة) تشمل كل زمان و مكان و
 غيرهما من سائر المزايا و الخصوصيات .

(و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى
 هو) اى حق المرتهن (اسبق) من حق الراهن فى البيع .
 (فاذ ازال المزاحم وجب تأثير السبب) الذى هو الملكية بدون
 شرط او قيد .

(و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع) بان يقال : مادام الملك
 مرهونا كان البيع متوقفا على اجازة المرتهن .

فاذا فك الرهن نشك فى انه هل زال التوقف ، ام لا ؟ فالاصل بقاء التوقف .
 و انما لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع (للعلم بمناط المستصحب)

وارتفاعه .

فالمقام من باب وجوب العمل بالعام ، لا من مقام استصحاب حكم الخاص ، فافهم .

واما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق ، لان المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده ، قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير ، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح .

و هو حق المرتهن (و) العلم ب (ارتفاعه) اذ بعد الفك لاحق المرتهن .
 (فالمقام من باب وجوب العمل بالعام) الذى هو : اوفوا بالعقود ، ونحوه (لا من مقام استصحاب حكم الخاص) الذى هو كون الراهن ممنوعاً من التصرف (فافهم) اذ ان صحة البيع بعد الفك لا ينافى توقف البيع على الاجازة ، لانه كان تصرفاً فى المال الذى للمرتهن حق فيه و سقوط حق المرتهن — فى حال البيع — بالفك خلاف الاستصحاب .
 (و اما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده) حيث تقدم ان ظاهر بعض الروايات عدم فائدة تحريره فى اللزوم اذا لم يجوزه السيد (فهو قياس مع الفارق ، لان المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده ، قصور تصرفاته) اى العبد (عن الاستقلال فى التأثير) .

فذلك من باب عدم المقتضى (لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح)

حتى يكون من باب وجود المانع .

و مانحن فيه من باب وجود المانع ، لا من باب عدم المقتضى — كما تقدم — .

اذ لامناقات بين كونه عبدا ، و كونه زوجا .

ولا جل ما ذكرنا لتصرف العبد لغير السيد ببيع او غيره ، ثم انعتق

العبد ، لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف هذا .

ولكن مقتضى ما ذكرنا سقوط حق الرهانة بالفك ، والاسقاط ، ا و

الابراء ، او غير ذلك ،

(اذ لامناقات بين كونه عبدا ، و كونه زوجا) اذ الزوجية خصوصاً في

مثل المتعة لا تنافي حق المولى اطلاقاً .

وهذا دليل على انه انما لا ينفذ النكاح لعدم تمامية المقتضى .

(ولا جل ما ذكرنا) من ان تصرف العبد لعدم المقتضى لوجود

العانع ، ولذا لا ينفع عتقه في تصحيح زواجه السابق - في حال كونه

عبدا - (لو تصرف العبد) تصرفاً منافياً لحق السيد (لغير السيد) بان

كان التصرف لاجنبى (ببيع او غيره ، ثم انعتق العبد ، لم ينفع) العتق

(في تصحيح ذلك التصرف) اذ التصرف - حال وقوعه - كان في حق

المولى ، والعتق لا يوجب تقلب ذلك التصرف من كونه في حق المولى ،

الى كونه تصرفاً جائزاً (هذا) وجه عدم صحة قياس بيع الراهن بنكاح

العبد .

(ولكن مقتضى ما ذكرنا) من كون الفك موجبا لعدم الاحتياج الى

اجازة المرتهن « كون » خبر « مقتضى » (سقوط حق الرهانة بالفك ، او

الاسقاط) اى اسقاط المرتهن لكون الشئ رهنا عنده ، وان كان لم

يسقط دينه (او الابراء) اى ابراء الدين فيسقط الرهن تبعاً (او غير ذلك)

فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقاً

ناقلاً ومؤثراً من حينه ، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه ، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من أن مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه ، فان هذا غير متحقق فى افتكاك الرهن .

فهو نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك

كالصلح على الدين ، او على حقه فى الرهن — مثلاً — (ناقلاً) خبر «كون» (ومؤثراً من حينه) اى حين البراء (لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه) اذ المانع عن نفوذ البيع الآن — حين البراء — ارتفع ، فالآن يؤثر العقد اثره .

اما قبل ذلك فوجود المانع يمنع عن تأثير العقد ، لا تأثيراً حال وقوع العقد ، ولا تأثيراً عند الفك ، كشفاً (خصوصاً) قيد « لا كاشفاً » (بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من أن مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه) لامعناها امضاء العقد من حين الاجازة . واما قلنا « خصوصاً » (فان هذا) اى الامضاء من حين العقد (غير متحقق فى افتكاك الرهن) اذ حال العقد لو نفذ البيع لزم ان يكون ملك المشتري رهناً فى مقابل دين البائع .

(فهو) اى بيع الرهن (نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع) اى تملك الفضولى لماباعه ، كما لو باع مال ابيه ثم ورثه من الاب (حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك

.....
 المالك الاول ، لامن حين العقد ، والالزم فى المقام كون ملك الغير
 رهنا لغير ماله ، كما يلزم فى تلك المسألة كون المبيع لمالكين فى زمان
 واحد لوقلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا .

ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد ، هو القول بالكشف .
 وقد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على المرهون
 ان الفك يكشف عن صحته .

المالك الاول (كزمان موت الاب (لامن حين العقد ، والا) فلو قلنا
 بالكشف (لزوم فى المقام) اى بيع الراهن الرهن ، ثم فك الرهن (كون
 ملك الغير رهنا لغير ماله) اذ معنى الكشف انه من حين العقد « حال
 كونه رهنا » للمشتري والحال ان المديون للمرتهن هو البائع (كما
 يلزم) على الكشف (فى تلك المسألة) اى مسألة : من باع ثم ملك (كون
 المبيع لمالكين فى زمان واحد) الاب لانه المالك قبل ان يموت ، و
 المشتري من الابن ، لغرض ان الموت كشف عن الانتقال من حين العقد
 (لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير) فى النقل والانتقال (من حين العقد
 هذا) ما يقتضيه القواعد .

(ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد) اى عقد الراهن اذ اجاز
 المرتهن (هو القول بالكشف) فيرد عليهم الاشكال المتقدم ، وهو لزوم
 ان يكون ملك المشتري رهنا بالدين البائع ، وهذا خلاف قواعد الرهن .

(وقد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على
 المرهون) « على » متعلق بـ « الجانى » (ان الفك) للرهن (يكشف عن صحته)

ويدل على الكشف ايضا ما استدلوا به على الكشف فى الفضولى من ان العقد سبب تام الى آخر ما ذكره فى الروضة، وجامع المقاصد .
ثم ان لازم الكشف - كما عرفت فى مسألة الفضولى - لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن والمشتري فلا يجوز له فسخه بل، ولا بطلاله بالاذن للمرتهن فى البيع .

اي صحة العفو، وهذا مؤيد للكشف ايضا .

(ويدل على الكشف ايضا) اى كون فك الرهن كاشفا عن الانتقال من حين العقد (ما استدلوا به على الكشف فى) بيع (الفضولى من ان العقد سبب تام) فهو يؤثر اثره (الى آخر ما ذكره فى الروضة ، وجامع المقاصد) .

وهنا فى باب الرهن ايضا يستدل بنفس الدليل .

والجواب عنه ان العقد غير المقترن بالاجازة من ذى الحق ليس سببا تاما ، فاذا حقت الاجازة صار المسبب تاما وفى هذا الحال يؤثر اثره .
(ثم ان لازم الكشف - كما عرفت فى مسألة الفضولى - لزوم العقد قبل اجازة المرتهن) لزوما (من طرف الراهن) البائع (والمشتري) لانهما اجرايا العقد ، فلا شأن لهما فى الفسخ ، كما ان المشتري فى بيع الفضولى ، لو اشترى من الفضولى ، لم يكن له حق فى الفسخ ، وانما الامر متوقف على اجازة المالك فقط (فلا يجوز له) اى للراهن (فسخه) اى العقد (بل ، ولا ابطاله) ابطالا - لا بالفسخ - بل (بالاذن للمرتهن فى البيع) اذ لا فرق بين الفسخ والابطال فى انه ليس من حق البائع بعد ان

نعم يمكن ان يقال : بوجوب فكه من مال آخر ، اذ لا يتم الوفاء بالعقد

الثاني الا بذلك .

فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع .

ويمكن ان يقال : انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه

واما دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب ، ولذا لا يجب على من باع مال

الغير لنفسه

خرج المال من يده ببيعه له .

(نعم يمكن ان يقال) انه اذا لم يحق للراهن الاذن للمرتهن

بالبيع ، وكان مديوناه ، كان اللازم تدارك الدين (بوجوب فكه) اى

الرهن (من مال آخر ، اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى) اى عقد البيع

(الا بذلك) اى بفك الرهن من مال آخر .

(فالوفاء بمقتضى الرهن) بان يبقى المال مرهونا (غير مناف للوفاء

بالبيع) بان يفك الرهن من مال آخر ، ويعطى المرهون الى المشتري

— جمعا بين الحقين — .

(ويمكن ان يقال : انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز

نقضه) فلا يجوز للبائع الراهن ان ينقض البيع الذى اوقعه المرهون (و

امادفع حقوق الغير) بان يفك المال حتى يرتفع حق المرتهن —

المرهون « المبيع » (وسلطنته) عطف على « حق » اى دفع سلطنة الغير

اى سلطنة المرتهن على المال (فلا يجب ، ولذا) الذى لا يجب دفع حق

الغير (لا يجب على من باع مال الغير لنفسه) كالغاصب ، او الجاهل بانه

.....

ان يشتريه من مالكة ، ويدفعه اليه — بناءً على لزوم العقد بذلك — •

وكيف كان ، فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن
ذلك وان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن ،

مال غيره ، ثم علم بعد ان باعه (ان يشتريه من مالكة ، ويدفعه اليه) الى المشتري •
ولو كان دفع حق الغير واجبا مقدمة للوفاء بالعقد وجب اشتراء
الغاصب والجاهل •

واما عدم الوجوب فى المقام ، فلانه لم يقل به احد ، ولم يدل عليه
دليل (— بناءً على لزوم العقد بذلك —) اى باشتراء الغاصب و
دفعه الى المشتري •

واما اذا لم نقل بلزوم العقد بذلك ، وقلنا : ان الغاصب اذا
اشترى المال من المالك ، لم يلزم العقد الذى احدثه مع المشتري ،
فاوضح فى عدم لزوم الاشتراء ، اذا كان دليل لوجوب الاشتراء والحال
انه لا يترتب عليه لزوم ، ولا يمكن ان يترتب جواز على لزوم — فى امثال
المقام — اى ان الشارع يلزم الانسان بان يأتى بشئ حتى يرتب الشارع
على ذلك الشئ امرا جائزا ، بحيث ان شاء فعله الملتزم عليه وان شاء لم يفعله •

(وكيف كان ، فلو امتنع) البائع الراهن عن فك الرهن بمال آخر
(فهل يباع عليه) الرهن ، بان يبيعه المرتهن لاستيفاء حقه ، وهذا
معنى (لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك) بيع الرهن اذا لم يؤد
الراهن الدين (وان لزم من ذلك) اى بيع المرتهن المال (ابطال
بيع الراهن) الذى باع المال للمشتري فضولة — بدون اذن المرتهن —

لتقدم حق المرتهن او يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر، جمعاً بين حقى المشتري والمرتهن، اللازمين على الراهن البايع وجهان .

و مع انحصار المال فى المبيع ، فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن .

(لتقدم حق المرتهن) على حق المشتري فيبطل حق المشتري بسبب حق المرتهن (او يجبر الحاكم الراهن على فكه) اى الدين (من مال آخر) دون المرهون .

وانما يجبر (جمعابين حقى المشتري والمرتهن) لاقتضاء الرهن ذلك وهو الجمع بين الحقين .

فكونه رهناً يقتضى فكه، وكونه مبيعاً يقتضى الوفاء بالبيع للمشتري (اللازمين على الراهن البايع) لانه راهن وباع (وجهان) خبر « فهل يباع » . (و مع انحصار المال) اى مال الراهن (فى المبيع) بان لم يكن له مال آخر يمكن اداء دين الراهن منه (فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن) على حق المشتري ، لتقدمه الزمانى ، فان البيع وقع على ما فيه حق للغير .

.....

مسئلة

اذ اجنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله ، او بعضه .
فالا قوى صحة بيعه و فاقا للمحكى عن العلامة ، والشهيد ، والمحقق
الثانى ، وغيرهم ، بل فى شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه لم يخرج ،
باستحقاقه للقتل ، او الاسترقاق عن ملك مولا ه ، على ما هو المعروف عمن
عدا الشيخ فى الخلاف كما سيجئ .
و

(مسئلة : اذ اجنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله)
كما لو قتل انسانا (او) استرقاق (بعضه) كما اذا جرح بما قيمته مثلا عشرة ، و
الحال ان العبد قيمته مائة .

(فالا قوى صحة بيعه) من مولا ه (و فاقا للمحكى عن العلامة ، والشهيد
و المحقق الثانى ، وغيرهم ، بل فى شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه)
اى العبد (لم يخرج ، ب) سبب (استحقاقه للقتل ، او الاسترقاق) من
جانب المجنى عليه (عن ملك مولا ه) « عن » متعلق ب « لم يخرج » على
ما هو المعروف (من عدم خروجه عن ملك مولا ه) عمن عدا الشيخ ففى
الخلاف كما سيجئ) فانه قال بخروجه عن ملك مولا ه .

و اذا قلنا بهذا القول لم يصح بيعه للمولى اذ ليس بماله — ففى
هذا الحال — .

(و) ان قلت : انه و ان لم يخرج عن ملك مولا ه ، لكنه متعلق حق
المجنى عليه .

تعلق حق المجنى عليه به ، لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به .
و مجرد اماكن مطالبة اولياء المجنى عليه له فى كل وقت بالا سترقاق
او القتل ، لا يسقط اعتبار ماليته .

و على تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا
على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق ، فان افتكك لزم ، و الا بطل

قلت : (تعلق حق المجنى عليه به) اى بالعبد (لا يوجب خروج
الملك) الذى هو العبد (عن قابلية الانتفاع به) بان ينتفع به مولاه
بيعه او ماشبه ، لاستصحاب بقاء حق الانتفاع .
(و مجرد اماكن مطالبة اولياء المجنى عليه) فيما اذا قتل وليهم (له)
اى للعبد (فى كل وقت) مطالبة (بالا سترقاق او القتل ، لا يسقط اعتبار
ماليته) لمولاه ، حتى يقال : بانه ليس بعد الجنائية بمال ، لانه فى معرض
التلف — اذ ليس كل معرض تلف موجب للخروج عن المالية — .
(و على تقدير تسليمه) اى تسليم انه ليس بمال للمولى الآن — بعد
الجنائية — (فلا ينقص ذلك) اى سقوطه عن المالية (عن بيع مال الغير)
فضولة .

فكما يجوز بيع مال الغير متوقفا على اجازته ، كذلك يجوز بيع هذا
العبد متوقفا على اجازة اولياء المجنى عليه (فيكون) بيع المولى للعبد
الجانى (موقوفا) فى لزومه (على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق) اما بهبة
اولياء المجنى عليه ، او باعطاء مولى العبد البديل لهم ، او نحو ذلك (فان
افتكك) العبد (لزم) البيع الذى اجراه المولى عليه (والا) يفتك (بطل

البيع من اصله .

ويحتمل ان يكون البيع غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار ، لوقوعه في ملكه ، .
غاية الامر ان كون المبيع عرضة لذلك ، يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الارمد اذا عمى ، والمريض اذا مات بمرضه .

البيع من اصله) اى بطلانا من حين العقد لا من حين تبين عدم الافتكاك او من حين القتل او الاسترقاق .

(ويحتمل ان يكون البيع) من المولى (غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار) بان يخسر المشتري .
اما في زمن الخيار فانه من مال البائع ، اذا التفت في زمن الخيار ممن لا خيار له ، كما دل عليه النص و الفتوى ، و يأتى تفصيله فى باب الخيارات انشاء الله تعالى .
وانما يكون تلفه من المشتري (لوقوعه) اى التلف (فى ملكه) لا فى ملك البائع .

(غاية الامر) فى عدم تحمل المشتري للتلف (ان كون المبيع عرضة لذلك) اى فى معرض التلف (يوجب الخيار) للمشتري (مع الجهل) بانه عرضة للتلف ، لانه مال ناقص (كالمبيع الارمد) الذى بعينه رمد (اذا عمى ، والمريض اذا مات بمرضه) و كان المشتري جاهلا ، فان له الخيار فى الفسخ و الرجوع الى ثمنه ، وعدم الفسخ حتى يكون التلف من كيسه لا من كيس البائع .

ويرده ان المبيع اذا كان متعلقاً لحق الغير، فلا يقبل ان يقع لازماً لدائه الى سقوط حق الغير، فلا بد اما ان يبطل، واما ان يقع مراعى .
وقد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله، ومدخلية الغير فيه، وقوع بيعه مراعى لا باطلاً .

وبذلك يظهر الفرق بين مانحن فيه، وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت، والارمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد .

(ويرده) اى يرد الاحتمال المذكور (ان المبيع اذا كان متعلقاً لحق الغير، فلا يقبل) البيع (ان يقع لازماً لدائه) اى اللزوم (الى سقوط حق الغير، فلا بد اما ان يبطل) من اصله (واما ان يقع مراعى) باجازه الغير .

(وقد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله) اى العبد الجانى - فى المقام - (ومدخلية الغير فيه) وهو اولياء المجنى عليه (وقوع بيعه) اى المالك، (مراعى) باجازه الاولياء (لا باطلاً) لانه مقتضى الجمع بين الحقين .

(وبذلك) الذى ذكرنا من وجود حق الغير فى العبد الجانى (يظهر الفرق بين مانحن فيه، وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت، و) العبد (الارمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب) ذلك العمى (للانعقاد) فان العبد اذا عمى او اقعد انعتق، كما تقرر فى كتاب العتق .

فان الخوف فى المثاليين لا يوجب نقصاناً فى سلطنة المالك مانعاً
عن نفوذ تملكه منجزاً ، بخلاف تعلق حق الغير .

اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ
تملكه منجزاً ، لان للبائع سلطنة مطلقة عليه ، وكذا للمشتري .
ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذى الحق .
غاية الامر ان له التسلط على ازالة ملكهما بالاتلاف ، او التملك .

(فان الخوف فى المثاليين لا يوجب نقصاناً فى سلطنة المالك) فى
حال كون ذلك النقصان (مانعاً عن نفوذ تملكه) العبد للغير تملكاً (منجزاً
بخلاف تعلق حق الغير) بالعبد فانه مانع عن نفوذ تملك المالك تملكاً
منجزاً .

(اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ
تملكه) اى تملك البائع للعبد الجانى تملكاً (منجزاً ، لان للبائع سلطنة
مطلقة عليه) اى على العبد الجانى ، اذا السلطنة المطلقة التى كانت قبل
الجنابة لم يسقطها شئ (وكذا للمشتري) اذا اشتراه ، سلطنة مطلقة عليه .
(ولذا) الذى للبائع والمشتري سلطنة مطلقة (يجوز التصرف لهما
فيه) اى فى العبد (من دون مراجعة ذى الحق) الذى هو ولى المجنى
عليه .

(غاية الامر) رعاية لحق المجنى عليه (ان له التسلط على ازالة
ملكهما) اى ملك البائع والمشتري (بالاتلاف) بان يقتل العبد
قصاصاً (او التملك) بان يسترقه .

- وهذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى ، وعدم استقرار الملك
 - وبما ذكرنا ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير وحق المجنى عليه غير المانع فعلا .
 - غاية الامر انه مانع شأننا .
- وكيف كان فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف : البطلان ، فانه قال فيما حكى عنه : اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولا به غير اذن المجنى عليه ، فان كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع ، وان كانت جنايته توجب الارش .

- (وهذا) الحق للمجنى عليه (لا يقتضى وقوع العقد مراعى) باجازه المجنى عليه (وعدم استقرار الملك) (لعدم) عطف « وقوع » .
- (وبما ذكرنا) من السلطنة المطلقة للبائع فى العبد الجانى (ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير) فلا يجوز للمالك ان يبيع المرهون الاعلى نحو الفضولى (و) بين (حق المجنى عليه) فى العبد الجانى (غير المانع فعلا) قبل الاتلاف والاسترقاق .
- (غاية الامر انه مانع شأننا) لان المجنى عليه لا اخذ بحقه .
- (وكيف كان) سواء قلنا بان تصرف المالك فى العبد لازم ، او مراعى (ف) هو خلاف الشيخ ، اذ (قد حكى عن الشيخ فى الخلاف : البطلان) لبيع العبد الجانى (فانه قال فيما حكى عنه : اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولا به غير اذن المجنى عليه ، فان كانت جنايته توجب القصاص) كما لو كان قاتلا (فلا يصح البيع ، وان كانت جنايته توجب الارش) كما لو سلم

صح ، اذا التزم مولا الارش ثم استدل بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه ، لانه قد باع منه ما لا يملكه ، فانه حق للمجنى عليه .

واما اذا وجب عليه الارش صح ، لان رقبته سليمة ، والجناية ارشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع ، انتهى وقد حكى عن المختلف انه حكى عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جناية فانه لا يجزى عتقه من الكفارة ، وان كان خطأ ، جاز ذلك واستدل باجماع الفرقة ، فانه لا خلاف بينهم انه اذا كانت ~~جنايته~~

اذن انسان (صح) البيع (اذا التزم مولا الارش ثم استدل) لعدم الصحة في الفرع الاول (بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه ، لانه) اي المولى (قد باع منه) اي من هذا العبد (ما لا يملكه) وانما لا يملكه المولى (فانه) اي العبد (حق للمجنى عليه) ولا يصح بيع حق الغير .

(واما اذا وجب عليه الارش) فقط (صح) البيع (لان رقبته) اي العبد (سليمة) اذ ليس على رقبته قصاص (والجناية ارشها) «ارشها» بدل الاشتمال من «الجناية» (فقد التزمه السيد) وبعد ذلك لا حق للمجنى عليه في العبد (فلا وجه يفسد البيع ، انتهى وقد حكى عن المختلف انه حكى عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جناية فانه لا يجزى عتقه عن الكفارة) الواجبة على المظاهر (وان كان) جنى (خطأ ، جاز ذلك) اي عتقه (واستدل باجماع الفرقة ، فانه لا خلاف بينهم انه اذا كانت جنايته

عمدا ينتقل ملكه الى المجنى عليه .

و ان كان خطأ افدية ماجناه على موله ، انتهى .

و ربما يستظهر ذلك من عبارة الاسكافى المحكية عنه فى الرهن ، و

هى ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتا لملكه اياه غير خارج

بارتداد ، او استحقاق الرقبة ، جنائته عن ملكه انتهى .

و ربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع ايضا فى كتاب القصاص

حيث قال : اذا قتل العبد حرا عمدا ، فاعتقه موله صح ولم يسقط القود .

عمدا ينتقل ملكه) اى العبد (الى المجنى عليه) فلا يصح عتقه فى ظهار او

غيره .

(و ان كان خطأ افدية ماجناه على موله) و لذا يصح عتقه (انتهى) .

(و ربما يستظهر ذلك) اى عدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا

(من عبارة الاسكافى المحكية عنه فى) باب (الرهن ، وهى) اى العبارة

هذه (ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتا) اى ثابتا غير متزلزل ،

و ذلك (لملكه) اى الراهن (اياه) للمرهون (غير خارج) العبد الذى

يريد ان يرهنه (بارتداد ، او) ب (استحقاق الرقبة) بان يكون العبد

للغير (ب) سبب (جنائته) اى العبد (عن ملكه) متعلق ب « خارج »

(انتهى) كلام الاسكافى .

(و ربما يستظهر البطلان) لرهن العبد الجانى عمدا (من عبارة

الشرائع ايضا فى كتاب القصاص : حيث قال : اذا قتل العبد) انسانا

(حرا عمدا ، فاعتقه موله صح) العتق (و لم يسقط القود) اى حق القصاص

و لو قيل لا يصح لئلا يبطل حق المولى من الاسترقاق كان حسنا ، و
وكذا بيعه وهبته ، انتهى .

لكن يحتمل قويا ان يكون مراده بالصحة وقوعه لازما غير متزلزل ، كوقوع
العتق ، لانه الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه
عن القتل والاسترقاق .

لولى المجنى عليه .

(و لو قيل لا يصح) العتق (لئلا يبطل حق المولى من الاسترقاق)
اذ حق المولى اذا سقط عنه بالعتق لم يتمكن ولى الميت من استرقاق
العبد ؛ و الحال انه مخير بين القضا ص و الاسترقاق ، فكيف يجوز ان
يفعل المولى فعلا يوجب سقوط حق الاسترقاق ؟

فهذا القول (كان حسنا ، و كذا بيعه وهبته) اى لا يجوز ان (انتهى) .
عبارة الشرائع .

(لكن يحتمل قويا ان يكون مراده بالصحة) — فى البيع والهبة —
اى الصحة التى نفاها الشرائع (وقوعه لازما غير متزلزل ، كوقوع العتق) فان
ظاهر عطفهما عليه ، انهما مثله فى اللزوم .

فكما ان العتق لا يكون متزلزلا ، كذلك البيع والهبة (لانه) اى اللازم
منهما ، هو (الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى) و متزلزلا
(بافتكاكه عن القتل والاسترقاق) « بافتكاكه » متعلق (بمراعى) .

فالشرائع لا ينفى وقوع البيع وامثاله حتى يقال « يظهر من عبارة
الشرائع البطلان » و انما ينفى وقوع البيع وامثاله لازما ، بل يقول هو بان

وكيف كان فالظاهر من عبارة الخلاف : الاستناد فى عدم الصحة الى عدم الملك ، و هو ممنوع ، لاصالة بقاء ملكه .
 و ظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الاخبار فى بقاء الملك .
 نعم فى بعض الاخبار ما يدل على الخلاف .

البيع مراعى ، فان فكه المولى صح البيع ، والا كان للمجنى عليه ان يقتل او يسترق .

والحاصل ان الشرائع ناف للزوم لاصل البيع ، فليس هو فى عداد القائلين بالبطلان .

(وكيف كان) سواء كان الشرائع قائلا بالبطلان ، او بالصحة (فالظاهر من عبارة الخلاف : الاستناد فى عدم الصحة الى عدم الملك) يعنى ان العبد حيث يخرج بالجناية عن ملك المولى الى ملك المجنى عليه ، لا يصح اجراء معاملة عليه (و هو ممنوع) اى عدم الملك .

اولا : (لاصالة بقاء ملكه) فان شككنا هل ان العبد يخرج عن ملك المولى بالجناية ، ام لا ؟ كانت اصالة بقاء الملك محكمة .

(و) ثانيا : ل (ظهور لفظ الاسترقاق) وان للمجنى عليه استرقاق العبد الجانى (فى بعض الاخبار فى بقاء الملك) لمولاه ، اذ لو انتقل العبد بمجرد الجناية الى المجنى عليه ، لم يكن معنى للاسترقاق ، وان خرج عن ملك المولى و لم يدخل فى ملك احد لزم بقاء الملك بدون المالك .
 (نعم فى بعض الاخبار ما يدل على الخلاف) اى عدم الملك للمولى بعد جناية العبد .

ويمكن ان يكون مراد الشيخ بالملك : السلطنة عليه ، فانه ينتقل الى المجنى عليه .

و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبنيا على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق بحق للغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما فى الرهن .

لكن لعل الظاهر منها كون مال العبد الى ذلك ، لانه مقتضى الجمع بين ظاهر لفظ الاسترقاق وبين ظاهر بعض الاخبار المنافية لذلك . (ويمكن ان يكون مراد الشيخ) بخروج العبد عن ملك المولى ، بالجناية (بالملك) المنفى (السلطنة) من المولى (عليه) اى على العبد . اى لا سلطنة للمولى على العبد سلطنة مطلقة ، كما قبل الجناية (فانه) اى الشأن (تنتقل) السلطنة (الى المجنى عليه) وان بقى الملك للمولى - على حاله - .

(و يكون عدم جواز بيعه من المولى) - على ما ذكره الشيخ - (مبنيا على المنع عن بيع الفضولى) مطلقا (المستلزم) ذلك المنع عن بيع الفضولى (للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير ينافيه) اى ينافى ذلك الحق (السلطنة المطلقة من المشتري عليه) اى على المنع .

والحاصل : ان الشيخ لا يقول بعدم الملك ، وانما يقول بعدم الملك المطلق ، فليس الشيخ - على هذا - مخالفا للمشهور (كما فى الرهن) . فان حق المرتهن يوجب عدم سلطنة الراهن سلطنة مطلقة ، لانه يوجب عدم ملك الراهن اصلا .

مسئلة

اذا جنى العبد خطاء اصح بيعه على المشهور ، بل فى شرح الصيمرى انه لا خلاف فى جواز بيع الجانى اذا كانت الجنائية خطاء ، اوشبه عمد و يضمن المولى اقل الامرين من قيمته ، ودية الجنائية .
و لو امتنع كان للمجنى عليه اولوية انتزاعه ، فيبطل البيع .
وكذا لو كان المولى معسرا

(مسألة : اذا جنى العبد خطاء اصح بيعه على المشهور ، بل فى شرح الصيمرى انه لا خلاف فى جواز بيع الجانى اذا كانت الجنائية خطاء) محضا ، كما اذا وقع من السطح ، فقتل انسانا (اوشبه عمد) كما اذا اراد ان يرمى الغزال ، فاصاب السهم انسانا (و يضمن المولى اقل الامرين من قيمته) اى قيمة العبد (ودية الجنائية)
فاذا كانت القيمة مائتو الدية مائة وخمسين ، ضمن المائة فقط —
لما ذكرنا فى بابه : من ان الجانى لا يجنى على اكثر من قيمته — .
و اذا كان العكس كانت عليه دية الجنائية ، و هى مائة ، كما هو واضح (و لو امتنع) من اعطاء اقل الامرين (كان للمجنى عليه اولوية انتزاعه) ولا يحق للمشتري الممانعة ، لانه اولى من المشتري (فيبطل البيع) اذ هو مال تعلق به حق المجنى عليه فلا يكون بيعه مستقرا .
(وكذا لو كان المولى معسرا) لا يتمكن من اداء بدل الجنائية

.....
 فللمشتري الفسخ مع الجهالة ، لتزلزل ملكه ما لم يفديه المولى ، انتهى .
 و ظاهره انه اراد نفى الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد ، الا ان
 المحكى عن السرائر والخلاف : انه لا يجوز ، الا اذا افداه المولى ، او
 التزم بالفداء ، الا انه اذا باع ضمن .
 و الاوفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع ، لكونه ملكا لمولاه .
 و تعلق حق الغير لا يمنع عن ذلك ، لان كون المبيع مال الغير ،
 لا يوجب بطلان البيع رأسا ، فضلا عن تعلق حق الغير .

(فللمشتري الفسخ) للبيع (مع الجهالة) بحال العبد (لتزلزل ملكه)
 للعبد (ما لم يفديه المولى) فللمشتري خيار العيب (انتهى) شرح الصيمرى
 (و ظاهره انه اراد نفى الخلاف عن الجواز) لبيع العبد الجانى
 (قبل التزام السيد) الفدية (الا ان المحكى عن السرائر والخلاف : انه
 لا يجوز) البيع (الا اذا افداه المولى) بان اعطى الفدية وفك رقبة العبد
 (او التزم بالفداء) وان لم يفد فعلا (الا انه اذا باع ضمن) الفدية .
 (و الاوفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع) .
 و المراد بالقواعد ما بينه بقوله : (لكونه ملكا لمولاه) فيشملة قوله : احل
 الله البيع ، و تجارة عن تراض ، و الناس مسلطون ، و ما شبهه .
 (و تعلق حق الغير) اى المجنى عليه بهذا العبد (لا يمنع عن
 ذلك) البيع (لان كون المبيع مال الغير) كما فى الفضولى (لا يوجب
 بطلان البيع رأسا) كما تقدم فى مبحث الفضولى (فضلا عن تعلق حق
 الغير) و العمدة شمول الادلة لهما اى للفضولى وللمتعلق حق الغير .

.....
 ولعل ما عن الخلاف و السرائر مبنى على اصلهما من بطلان الفضولى
 و ما شبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير، كما يؤمى اليه
 استدلال الحلى على بطلان البيع قبل التزامه .
 و ضمانه بانه قد تعلق برقبة الجانى ، فلا يجوز ابطاله .
 و مرجع هذا المذهب الى انه لا واسطة بين لزوم البيع و بطلانه ،

(و لعل ما عن الخلاف و السرائر) من البطلان فى بيع العبد
 الجانى (مبنى على اصلهما من بطلان الفضولى ، و ما شبهه من كل بيع
 يلزم من لزومه) اى من لزوم ذلك البيع (بطلان حق الغير) سواء كان
 المبيع مالا للغير ، او متعلقا لـ حق الغير (كما يؤمى اليه) اى الى هذا الاصل
 (استدلال الحلى على بطلان البيع قبل التزامه) .
 (و ضمانه) اى التزام المولى بالفدية عن العبد الجانى ، و ضمانه
 لاعطاء الفدية — و ضمانه : عطف بيان — (بانه) اى الحق للمجنى عليه
 (قد تعلق برقبة الجانى ، فلا يجوز) للمولى (ابطاله) اى هذا الحق ،
 بسبب البيع .

(و مرجع هذا المذهب) للحلى ، و للشيخ (الى انه لا واسطة بين
 لزوم البيع و بطلانه) .

فالببيع اما باطل ، و اما لازم ، لانه لو كان هناك واسطة و هى البيع
 الجائز لم يصح القول بان البيع يوجب بطلان الحق .
 اذ يرد هذا الاستدلال « حينئذ » بانه لا يلزم البيع ابطال الحق ،
 لان البيع جائز ، و مع فرض الجواز لا يبطل الحق .

فاذاصح البيع ابطل حق الغير .

وقد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى باجازه ذى الحق او سقوط حقه فاذا باع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الدية ، او اقل الامرين على الخلاف ، وقع مراعى ، فان فداء المولى اورضى المجنى عليه بضمانه فذاك ، والا انتزعه المجنى عليه من المشتري .
وعلى هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه .

(فاذاصح البيع ابطل حق الغير) هذا تفريع على قوله « انه لا واسطة » اى لازم عدم الواسطة ، اما بطلان البيع ، واما بطلان حق الغير .

(و) لكن عدم الواسطة غير صحيح اذ (قد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى باجازه ذى الحق) كالمجنى عليه - فى المثال - (او سقوط حقه) بمسقط آخر (فاذا باع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الدية او اقل الامرين) من قيمة العبد والدية (على الخلاف) فوانه ماذا يجب على المولى (وقع) البيع (مراعى) فى النفوذ (فان فداء المولى او رضى المجنى عليه بضمانه) اى ضمان المولى بان التزم بان يعطى الفدية ، و ان لم يعطها بعد (فذاك) لان البيع حينئذ يكون لازما حيث ينتقل الحق من العبد (والا) بان لم يفده المولى و لم يضمه (انتزعه المجنى عليه من المشتري) لغرض كون البيع مراعى .

(وعلى هذا) الذى ذكرناه (فلا يكون البيع) للعبد الجانى (موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه) بل انه فداء او كان هناك مسقط آخر ،

قال فى كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد على فداء الجانى وان رهنه او باعه ، بل يتسلط المجنى عليه ، فان استوعبت الجنائية القيمة بطل الرهن ، والآفى المقابل ، انتهى .

لكن ظاهر العلامة فى غير هذا المقام هو : ان البيع بنفسه التزام بالفداء .

فهو ، والا كان للمجنى عليه حق انتزاع العبد من المشتري .

(قال) العلامة (فى كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد على) اعطاء (فداء) العبد (الجانى وان رهنه) السيد (او باعه ، بل يتسلط المجنى عليه) بين اخذ الفداء وبين اخذ نفس العبد ، فان اعطاه المولى الفدية فهو ، والآجاز له انتزاع العبد (فان استوعبت الجنائية القيمة) اى قيمة العبد كما لو كانت الجنائية مائة والقيمة مائة وخمسين (بطل الرهن ، والآف) البطلان للرهن و البيع (فى المقابل) للجنائية فقط اى فى المائة فى المثال — وهى تعادل ثلثى العبد — .

اما الثلث الثالث فواجه للبطلان لان البيع والرهن وقعا فى مال المولى ، بلا مانع .

نعم اذا كان المشتري والمرتهن جاهلين بالواقع ، كان لهما خيار تبعض الصفقة (انتهى) كلام العلامة ، وانما نقل المصنف هذا الكلام تأييد الفتواه .

(لكن ظاهر العلامة فى غير هذا المقام هو : ان البيع) من المولى للعبد الجانى (بنفسه التزام) من المولى (بالفداء) فالمولى يجبر على

.....
 ولعل وجهه انه يجب على المولى حيث تعلق - بالعبد وهو مال
 من امواله وفي يده - حق يتخير المولى في نقله عنه ، الى ذمته ان
 يوفى حق المجنى عليه ، اما من العين او من ذمته فيجب عليه اما تخليص
 العبد من المشتري بفسخ او غيره .

واما ان يفديه من ماله ، فاذا امتنع المشتري من رده والمفروض عدم
 سلطنة البائع على اخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد ، وجب عليه دفع الفداء .

دفع الفدية .

(ولعل وجهه) اي وجه كون البيع التزاما بالفداء (انه) اي الفداء
 (يجب على المولى حيث تعلق -) فاعله « حق » الاتى (بالعبد وهو)
 اي العبد (مال من امواله وفي يده - حق) فاعل « تعلق » يتصف ذلك
 الحق بانه (يتخير المولى في نقله) اي ذلك الحق (عنه) اي عن العبد
 (الى ذمته) بان يعطى الفداء (ان يوفى) فاعل « يجب » (حق المجنى
 عليه ، اما من العين او من ذمته) بان يعطى نفس العبد في مقابل الجناية
 او يعطى مالا آخر اداء المافى ذمته (فيجب عليه) اي على المولى (اما
 تخليص العبد من المشتري) بعد ان باعه المولى (بفسخ او غيره) فيفسخ
 في ما اذا كان له خيار ، او يستقيل المشتري و ذلك ليعطى عين العبد
 الى المجنى عليه .

(واما ان يفديه من ماله ، فاذا امتنع المشتري من رده والمفروض
 عدم سلطنة البائع على اخذه) اي العبد من المشتري (قهرا) .
 وانما لا يتسلط على اخذه قهرا (للزوم الوفاء بالعقد ، وجب عليه دفع الفداء)

.....

و يرد عليه ان فداء العبد غير لازم قبل البيع .

و يبيعه ليس اتلافاله حتى يتعين عليه الفداء .

و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الارتفاع يده لارتفاع يد الغير بل

هذا الاولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته

الخدشة فى وجوب

لانه اذا تعذر احد المرين البدلين وجب البديل الآخر .

(و يرد عليه) اى على هذا الوجه الذى استوجهنا به كلام العلامة

القائل بوجوب اعطاء البديل على المولى (ان فداء العبد غير لازم قبل

البيع) اى قبل ان يبيعه المولى ، بل يكون للمولى ان يعطى نفس العبد

او ان يفديه .

(و يبيعه ليس اتلافاله) و محوالة من الوجود (حتى يتعين عليه

الفداء) بحجة انه احد البدلين .

(و) ان قلت : انه يجب على المولى الوفاء بالبيع ، فكيف يمكن ان

يعطى نفس العبد للمجنى عليه بعد ان باعه .

قلت : (وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الارتفاع يده) اى ان يرفع المولى

يده من العبد و فاء للبيع (لارتفاع يد الغير) الذى هو المجنى عليه ،

فان : اوفوا ، توجه الى البائع ، لا الى الذى له حق فى المبيع (بل هذا)

اى العبد الجانى (اولى بعدم وجوب الفك) اى لا يجب على المولى فكه

بالفداء ، بل له ان لا يفكه حتى يأخذه المجنى عليه ، فيبطل البيع (من

الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته) اى مسألة الرهن (الخدشة فى وجوب

الفك على الراهن بعد بيعه ، لتعلق الدين هناك بالذمة وتعلق الحق هنا بالعين ، فتأمل .

ثم ان المصرح به فى التذكرة ، والمحكى عن غيرها : ان للمشتري فك العبد .

و حكم رجوعه الى البائع ، حكم قضاء الدين عنه

الفك على الراهن بعد بيعه) فاذا باع الراهن الرهن ، لم يجب عليه ان يعطى الدين ، بل له ان لا يعطيه حتى يأخذ المرتهن حقه من نفس المرهون .
و انما مانحن فيه اولى (لتعلق الدين هناك) فى باب الرهن — (بالذمة) و انما العين وثيقة (وتعلق الحق هنا بالعين) اذ الجناية تتعلق برقبة الجانى ، فاذا لم يجب الفك فيما تعلق بالذمة لم يجب الفك فيما تعلق بالعين بطريق اولى .

فاذا كان الدين فى ذمة المولى و مع ذلك لم يجب عليه اعطائه ، كان الاولى عدم لزوم اعطاء الفداء — الذى لم يتعلق بذمة المولى — (فتأمل) اذ البيع بمنزلة التلف كما ذكره فى غير مورد .

فقول المصنف « و بيعه ليس اتلافه » محل اشكال .

(ثم ان المصرح به فى التذكرة ، والمحكى عن غيرها : ان للمشتري فك العبد) بان يعطى ثمن الجناية ليبقى له العبد .

(و حكم رجوعه الى البائع) بان يرجع المشتري الى البائع ، و يأخذ منه ما اداه الى المجنى عليه (حكم قضاء الدين عنه) فان الانسان اذا قضى دين المدين ، فان كان باجازه منه ، جاز له الرجوع اليه و

.....
 واخذ ما اداه من المديون ، وان لم يكن باذن منه لم يكن المديون
 مجبوراً فى اداء ما اداه الدافع .
 وفى ما نحن فيه هكذا ، فانه اذا كان المشتري دفع قيمة الجنية
 باذن البائع ، كان له الرجوع اليه ، والا لم يكن له ذلك ، وفى
 المسألة موارد للمناقشة ، كما لا يخفى والله
 العالم .

مسئلة

الثالث من شروط العوضين ، القدرة على التسليم ، فان الظاهر
الاجماع على اشتراطها فى الجملة ، كما فى جامع المقاصد ، وفى التذكرة
انه اجماع ، وفى المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك فى الماء
ولا الطير فى الهواء .

وعن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه
تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك ، كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء .
فان ما هذه حاله لا يجوز بيعه ،

(مسألة : الثالث من شروط العوضين ، القدرة على التسليم ، فان
الظاهر الاجماع على اشتراطها) اى القدرة على التسليم – فى صحة
البيع – (فى الجملة) لا مطلقا ، كما سيأتى تفصيله (كما فى جامع المقاصد
وفى التذكرة : انه اجماع ، وفى المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع
السمك فى الماء) كالنهر والبحر ، لا مثل الحوض وما شبهه (ولا الطير
فى الهواء) غير الممكن اخذه عرفا .

(وعن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا
عليه) بان يقدر البائع على تسليمه (تحفظا) ولاجل الاخراج (مما لا يمكن
فيه ذلك) اى مقدورا (كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء) وما
اشبههما .

(فان ما هذه حاله) بان لم يقدر البائع على تسليمه (لا يجوز بيعه ،

بلاخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك بانه نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر ، وهذا غرر .

والنهى هنا يوجب الفساد اجماعا ، على الظاهر المصرح به فى موضع من الايضاح .
واشتهار الخبرين الخاصة والعامة يجبر ارساله .

بلاخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك (اى عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه) بانه نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر) وفى حديث آخر نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر .

و المراد اما « الخديعة » اذا كان الغرر متعديا .

واما الخطر والضرر والغفلة ، وما شبه ، اذا كان الغرر لازما (و هذا غرر) لان بيع ما لم يعلم حاله ، وانه هل يتمكن المشتري من الوصول اليه ، ام لا يعد فى عداد « الغرر » عرفا ؟ .

(والنهى هنا) فى باب المعاملات (يوجب الفساد اجماعا) وليس مثل النهى عن البيع وقت النداء (على الظاهر) من النهى فى المعاملة لالا مخرج ، فان العرف يستفيدون من النهى : الفساد (المصرح به فى موضع من الايضاح) فدلالة الخبر على الفساد ، لا باس بها .

(و) اما السند ، فـ (اشتهار الخبر بين الخاصة والعامة) فى كتب الفتاوى ، وبعض كتب الاخبار (يجبر ارساله) لان الشهرة تكشف عن ان المشهور وجد واما يوجب حجتيه و لذا استندوا اليه ، بعد ان علمنا انهم لا يفتنون الاعلى طبق الخبر الموثق .

اماكون مانحن فيه غررافهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء
 و اهل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء ، والطير فى الهواء .
 مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة صادق عليه .
 و المروى عن امير المؤمنين عليه السلام : انه عمل ما لا يؤمن معه من
 الضرر .

هذا كله بالنسبة الى الكبرى ، و ان البيع الغررى فاسد .
 و (اما) بالنسبة الى الصغرى و ان مثل مانحن فيه من صغريات
 الغرر ، ف (كون مانحن فيه غررافهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و
 اهل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء ، و الطير فى الهواء)
 هذا وجه الاستدلال بكلمات الفقهاء و اللغويين .
 (مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة) اى المعنى
 للفظ « الغرر » (صادق عليه) اى على بيع السمك فى الماء .
 فاهل اللغة بعضهم صرح بهذا المثال و الى هذا اشار بقوله
 « الفقهاء و اهل اللغة » .
 و بعضهم ذكر للغرر معنى ينطبق على المقال ، و الى هذا اشار
 بقوله « ذكره اهل اللغة » .
 (و) كذلك يصدق عليه (المروى عن امير المؤمنين عليه السلام : انه)
 اى الغرر (عمل ما لا يؤمن معه من الضرر) .
 و من المعلوم ان بيع الطير و السمك ، من هذا القبيل .

وفى الصحاح الغرة الغفلة، والغار الغافل، وَاغْرَهُ اى اتاه على غرة منه، واغتر بالشئ اى خدع به، والغرر الخطر، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء، والطير فى الهواء، الى ان قال: والتغريب حمل النفس على الغرر، انتهى وعن القاموس ما ملخصه: غره غراو غرورا، وغرة بالكسر فهو مغرور، وغرير كامير خدعه واطمعه فى الباطل، الى ان قال: غرر بنفسه تغريرا، وغرة اى عرضها للمهلكة، والاسم الغرر محركة، الى ان قال: والغار الغافل،

(وفى الصحاح الغرة الغفلة، والغار الغافل) وهذا بمعنى اللزوم، اما بمعنى المتعدى فالغار هو المغفل، لانه يقال غره، فهو غار وذلك مغرور (واغره اى اتاه على غرة منه) اى غفلة (واغتر بالشئ اى خدع به، والغرر الخطر) كانه معنى آخر للغرر، غير الغفلة (ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء، والطير فى الهواء) ومثلهما بيع الوحش فى الصحراء (الى ان قال: الصحاح) والتغريب حمل النفس على الغرر، انتهى، وعن القاموس ما ملخصه: غره غراو غرورا) — اى له مصدران — (وغره بالكسر) اى ان اصله غره على وزن حَسِبَ (فهو مغرور، وغرير كامير) بمعنى (خدعه واطمعه فى الباطل، الى ان قال: القاموس) غرر بنفسه تغريرا) من باب التفعيل (وغرة) مصدر آخر (اى عرضها للمهلكة، والاسم) اى اسم المصدر (الغرر) على وزن ضرر (محركة) الوسط (الى ان قال: والغار الغافل) اذا كان من اللزوم، اما اذا كان من المتعدى فهو المغفل

واغترغل ، و الاسم الغرة بالكسر ، انتهى .

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى عن بيع الغرر ، وهو ماكان له ظاهر يغر المشتري ، و باطن مجهول ، وقال الازهرى : بيع الغرر ماكان على غير عهدة ولا ثقة .
و يدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر فى الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة ، و انى لاكره ان اغرربها اى احملها على غير ثقة ، و به سمي

(و اغترغل ، و الاسم) اى اسم المصدر (الغرة بالكسر انتهى) كلام لقاموس :
(وعن النهاية) لابن اثير (بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى) اى الرسول صلى الله عليه وآله (عن بيع الغرر ، وهو ماكان له ظاهر يغر المشتري) و يخدعه (و باطن مجهول) لا يوافق ظاهره (وقال) اللغوى (الازهرى : بيع الغرر ماكان على غير عهدة) فلا يتعهد البائع جودة الجنس وصحته (ولا ثقة) من المشتري بان البائع لا يغش ولا يخدع (و يدخل فيه) اى فى بيع الغرر (البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول) كما اذا كان الثمن او المثلن مجهولا جنسا او قدرا او وصفا (و قد تكرر) لفظ الغرر (فى الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة) فاذا عطبت و هلكت فليس لى بدلها ، و لذا لا يمكن من الاستهانة بهذه النفس (و انى لاكره ان اغرربها اى احملها على غير ثقة) بان اعمل شيئا لا اثق بانه هل يوجب الهلاك او النجاة ؟ (و به) اى بسبب ان الشيطان يحمل الانسان على ما لا يوثق بعواقبه (سمي

الشیطان غرورا ، لانه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك مايسوءه
 انتهى . و قد حكى ايضا عن الاساس ، و المصباح ، و المغرب و الجمل ، و
 المجمع تفسير الغرر بالخطر ، مثاله فى الثلاثة الاخيرة ببيع السمك
 فى الماء ، و الطير فى الهواء ، و فى التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع
 الغرر بهذين .

و مراده من التفسير التوضيح بالمثال .

و ليس فى المحكى عن النهاية

الشیطان غرورا) بفتح الغين ، كما قال سبحانه « وَلَا يُغْنِيكُمْ بِاللَّهِ الْغُرُورُ »
 اى الشيطان الذى يغش الانسان (لانه يحمل الانسان على محابه)
 اى الذى يحبه الانسان من شهوات الدنيا (و وراء ذلك مايسوءه) اى مايسبب
 الاسائة الى الانسان ، و عذابه من العقاب المعد فى الآخرة (انتهى و
 قد حكى ايضا عن الاساس ، و المصباح ، و المغرب و الجمل ، و المجمع)
 اى مجمع البحرين (تفسير الغرر بالخطر ، مثاله) اى للغرر (فى
 الثلاثة الاخيرة) المغرب و الجمل و المجمع (ببيع السمك فى الماء ، و
 الطير فى الهواء ، و فى التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذين)
 اى السمك و الطير .

(و مراده) اى التذكرة (من التفسير) فى قوله « فسروا » (التوضيح

بالمثال) اى وضحو التفسير بهذا المثال ، لان المثال تفسير حقيقة ،
 كما لا يخفى .

(و ليس فى) التفسير (المحكى عن النهاية) حيث فسر الغرر بـ

.....
 منافات لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل .

و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر، سواء
 تعلق الجهل باصل وجوده، ام بحصوله فى يد من انتقل اليه ام بصفاته
 كما او كيفا .

و ربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من
 حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق

« ظاهر يغر المشتري » (منافات لهذا التفسير) بالسك و الطير .

وجه المنافات ، انهما ليس لهما ظاهر يغر المشتري .

و انما لا منافات (كما يظهر بالتأمل) اذ الطير و السمك ايضا لهما
 ظاهر يغر المشتري ، فان المشتري يزعم انه يتمكن من الوصول الى الطيرو
 السمك فرخصها غالبا ، بسبب غرره و خدعته ، فاذا اقدم و اشترى تبين له
 انه لا يتمكن من الحصول عليهما ، فيذهب ماله بدون بدل .

(و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر، سواء
 تعلق الجهل باصل وجوده) كما لو اشترى شيئا لا يعلم انه موجود ، ام
 لا (ام) الجهل (بحصوله فى يد من انتقل اليه) كالسمك و الطير حيث
 لا يعلم هل انه يتمكن من اخذهما ، ام لا ؟ (ام بصفاته ؟ كما) كما لا يعلم
 انه من او منين (او كيفا) كما لا يعلم بانه جيد او ردي مما تتفاوت فيه
 الرغبات .

(و ربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من
 حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره) اى لا يعلم كيفه او كمّه (لا مطلق

الخطر الشامل لتسليمه وعدمه ، ضرورة حصوله فى بيع كل ثأبب خصوصا اذا كان فى بحر و نحوه ، بل هو اوضح شئ فى بيع الثمار ، و الزرع ، و نحوهما .

و الحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة فى مبيع مجهول الحال بالنسبة الى التسلم وعدمه ، خصوصا بعد جبره

الخطر الشامل لتسليمه وعدمه) فلا يشمل الغرر مثل بيع الطير فى الهواء و السمك فى الماء ، اذا علم المشتري وصفهما و كمهما .
و انما لا يشمل الغرر الجهل بالتسليم (ضرورة حصوله) اى الجهل بالتسليم (فى بيع كل غائب) كما اذا باعه ماله فى بلد آخر (خصوصا اذا كان فى بحر و نحوه) من المواضع التى يكثر العطب فيها ، فانه يصح هذا البيع بلا اشكال ، مع انه مجهول التسليم .

فلو كان الغرر شاملا لكل مجهول التسليم ، لزم بطلان بيع كل غائب لكن بيع الغائب ليس باطلا ، فليس بيع مجهول التسليم باطلا (بل هو) اى الجهل بالقدرة على التسليم (اوضح شئ فى بيع الثمار ، و الزرع) كالقت و الخضروات (و نحوهما) كورق التوت و الحناء ، فانه غالبا لا يعلم الانسان هل تحصل آفة لا يتمكن البائع بسببها من التسليم ام لا تحصل ؟
(و الحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة) اى القاء المشتري ماله فى الخطر (فى مبيع مجهول الحال) جهلا (بالنسبة الى التسلم) حيث لا يعلم انه هل يقدر على تسلم المتاع ، ام لا ؟ (وعدمه) اى عدم التسلم (خصوصا بعد جبره) اى فيما لو لم يقدر على التسلم

بالخيار لو تعذر .

وفيه ان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله .
فلاوجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثاليين —
المذكورين .

واحتمال ارادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله

(بالخيار لو تعذر) التسلم .

وعليه : فالغرر خاص بالجهل الكمي او الكيفي ، لا الجهل من حيث التسلم وعدم التسلم .

(وفيه ان) الغرر شامل لجهل التسلم ايضا اذا (الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري) وعدم حصوله في يده (اعظم من الجهل بصفاته) اي صفات المبيع (مع العلم بحصوله) و بعد كون اللفظ عاما .
(فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين) اي بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، فان المثال نص في شمول الغرر لما تعذر تسليمه .

(و) ان قلت : لعلمهم انما مثلوا بالمثاليين لان الطير و السمك في الماء مجهولان من حيث الصفات اذا الانسان لا يعلم صفات السمك في الماء ولا الطير في الهواء ، وان شاهد هما من بعيد فامثال لاجل الجهل بصفات المبيع لا لاجل عدم القدرة على التسليم .

قلت : (احتمال ارادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله)

فى يده ، يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز
عن التسليم ، لا للجهاالة بالصفات .

هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى
المذكور على اعتبار القدرة على التسليم .

كما يظهر من الانتصار : حيث قال فيما حكى عنه : و مما انفردت به
الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق ، مع الضميمة ولا يشتري وحده ،
الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري وخالف باقى الفقهاء فى ذلك ، و

اي المبيع (فى يده ، يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما فى كلمات
الفقهاء للعجز عن التسليم ، لا للجهاالة بالصفات) .

و من الظاهر : ان تمثيل هؤلاء ، وهؤلاء بالمثاليين من باب واحد ،
لان تمثيل الفقهاء من باب الجهل بحصوله ، و تمثيل اللغويين من باب
الجهل بصفاته .

(هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى
المذكور على اعتبار القدرة على التسليم) فلا بد ان يشمل النبوى القدرة
على التسليم ، اذ ما يستفاده العرف من رواية لا بد وان يكون هو ظاهر
الرواية بحكم : **وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُبَيِّنَ لِقَوْمِهِ** .

(كما يظهر من الانتصار : حيث قال فيما حكى عنه : و مما انفردت به
الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق ، مع الضميمة ، ولا يشتري وحده
الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري ، وخالف باقى الفقهاء) من
العامة (فى ذلك ، و

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال الى ان قال : ويقول مخالفونافى منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبينانهاى عن بيع الغررالى ان قال وهذا ليس بصحيح ، لان هذا البيع يخرجها عن ان يكون غررا انضمام غيره اليه ، انتهى . وهو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى ، على اشتراط القدرة على التسليم .

و الظاهر اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به كما يظهر للمتبع ، وسيجئ فى عبارة الشهيد التصريح به .

وكيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعد ها اللغة

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال) و لو مع الضميمة (الى ان قال) الانتصار) و يقول مخالفونافى منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبينانهاى عن بيع الغررالى ان قال) السيد (وهذا) اى كونه بيع غرر (ليس بصحيح ، لان هذا البيع يخرجها عن ان يكون غررا انضمام غيره) اى غير الآبق ، وانضمام فاعل (يخرجها) (اليه) اى الى الآبق (انتهى . و هو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى ، على اشتراط القدرة على التسليم) فليس الغرر خاصا بالجهل بالصفات .

(و الظاهر) من تعرضهم للمسئلة فى كل كتاب رايناها (اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به) اى بالنبوى (كما يظهر للمتبع ، وسيجئ فى عبارة الشهيد التصريح به) اى بهذا الاستدلال .

(وكيف كان فالدعوى المذكورة) اى «(واحتمال ارادتهم الخ)» (مما لا يساعد ها اللغة) لانهم ذكروا مثال الغرر ببيع الطير و السمك مستدلين

ولا العرف ولا كلمات اهل الشرع .

و ما بعد ما بينه و بين ماعن قواعد الشهيد ره : حيث قال : الغرر ما كان له ظاهر محبوب ، وباطن مكروه ، قال بعضهم و منه قوله تعالى : متاع الغرور ، و شرعا هو جهل الحصول ، و مجهول الصفة فليس غررا ، و بينهما عموم و خصوص من وجه ،

بعضهم بالنبوى (ولا العرف) لانهم يرون الغرر شاملا للجهل بالحصول ايضا (ولا كلمات اهل الشرع) كما عرفت عن الانتصار وغيره .
 (و ما بعد ما بينه) اى « واحتمال ارادتهم » (و) ما (بين ما عن قواعد الشهيد ره : حيث قال : الغرر ما كان له ظاهر محبوب ، و باطن مكروه ، قال بعضهم) اى فسر الغرر بهذا التفسير بعض (و منه قوله تعالى : متاع الغرور) اى ان الدنيا متاع ظاهره يغتر الانسان ويخدعه و باطنه عذاب وعقاب (و شرعا هو) اى الغرر (جهل الحصول) فخصص الشهيد الغرر بما جهل حصوله اما ما جهل صفاته فلم ير الشهيد ان الغرر يشملها و اما المجهول الذات و المعلوم الحصول (و مجهول الصفة) المعلوم الصفة (فليس غررا و بينهما) اى الغرر و الجهل (عموم و خصوص من وجه) .

، و لا يخفى ان للجهل اقساما ، كالجهل بالجنس « هل هو حيوان

او ليس بحيوان » .

و النوع « هل هو انسان ام لا ؟ » .

و الصنف « هل هو زنجى ام لا ؟ » .

لوجود الغرر بدون الجهل فى العبد الآبق ، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن ، ووجود الجهل بدون الغرر فى المكيل والموزون و المعدود اذا لم يعتبر .

وقد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ، ام فضة ، ام نحاس ام صخر؟ و يوجدان معافى العبد الآبق المجهول الصفة .

و الشخص « هل هو زيد ام لا ؟ » .

و العدد اى الكم « هل عشرة ام تسعة؟ » والكيف « هل هو ابيض ام لا ؟ » الى غير هامن انواع الجهالات (لوجود الغرر) الحصولى (بدون الجهل) فى الصفات (فى العبد الآبق ، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن) وصفا يزيل الجهالة به (ووجود الجهل) الوصفى (بدون الغرر) الحصولى (فى المكيل و الموزون و المعدود) كالبصر والحنطة و البيض (اذا لم يعتبر) باحد الثلاثة ، بان باعه اعتباطا ، فان القدر و العدد مجهول لكن لا غرر فى حصوله ، لغرض ان البائع يسلمه و الجنس حاضر .

(وقد يتوغل) الا يغال الدخول فى الشئ الى اواخره كالا يغال فى الصحراء ، و فى البئر ، وما اشبه (فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ، ام نحاس ، ام صخر) و هذا من مجهول الصفات (و يوجدان) و هذا مادة الاجتماع فى « العموم من وجه » الحاصل بين الجهل و الغرر (معا) الجهل الحصولى و الجهل الوصفى (فى العبد الآبق المجهول الصفة) فانه غرر و جهل .

ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول

الوجود .

و تارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود .

و بالجنس كحب لا يدري ماهو و سلع من سلع مختلفة .

و بالنوع كعبد من عبيد .

و بالقدر ككيل لا يعرف قدره .

و البيع الى مبلغ السهم .

و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين .

(ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول

الوجود) بان احتملنا انه مات وفنى .

(و تارة بالحصول كالعبد الآبق) المجهول الحصول (المعلوم

الوجود) .

(و) تارة (بالجنس كحب لا يدري ماهو) حنطة ام دخن ، والمراد

الجنس المنطقى (و سلع من سلع مختلفة) كما لا يدري حطب او قماش

او ذهب .

(و) تارة (بالنوع كعبد من عبيد) والمراد هنا الصنف والشخص .

(و) تارة (بالقدر ككيل لا يعرف قدره) هل يأخذ منا ، ام منا نصفاً ؟

(و) تارة (البيع) للارض (الى مبلغ السهم) اذ لا يدري ان السهم

كم يذهب ، فلا يدري اذرع الارض المبيعة .

(و) تارة (بالعين) اى الشخص (كثوب من ثوبين مختلفين) فانه

و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب ولو
اشتراط ان يبدو الصلاح لا محالة ، كان غررا عند الكل كما لو اشترط صيرورة
الزرع سنبلًا .
و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع اجماعًا .

جهل بالعين .

(و) تارة يتعلق الجهل و الغرر (بالبقاء) بان لا يعلم هل يبقى
المبيع الى وقت التسليم ، ام لا ؟ (كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند
بعض الاصحاب) حيث قالوا ببطلان البيع .
و بدو الصلاح في كل ثمرة بحسبها ، ففي العنب قبل التحصير ، و
في التمر قبل الاحمرار و الاصفرار ، و في الحبوب قبل انعقاد الحب ، و
هكذا (و لو اشترط) المشتري على البائع (ان يبدو الصلاح لا محالة)
بان يقول : انا اشتري منك بشرط ان يبدو صلاحه في المستقبل (كان)
البيع (غررا عند الكل) من جهة انه مجهول الحصول ، و مجهول البقاء ،
لانه لا يعلم هل تبقى الثمرة ، ام لا ؟ و لا يعلم على تقدير البقاء ، هل
يبدو صلاحها ، ام لا ؟ بخلاف ما اذا لم يشترط ، فانه جهل بالبقاء فقط
و هو غرر عند البعض (كما لو اشترط صيرورة الزرع سنبلًا) فانه لا يعلم هل
يصير سنبلًا ، ام لا ؟ و هو غرر .

(و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين) كما اذا لم يعلم
انه عبد ، او امة ، حمار او فرس ، و هكذا ، كما تقدم في بعض
الامثلة (و هو ممتنع اجماعًا) فاذا باع كذلك بطل البيع .

وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كاسّ الجدار وقطن الجبّة و
هو معفو عنه اجماعاً ، ونحوه اشتراط الحمل .
وقد يكون مردداً بينهما وهو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة ،
والمضاربة ، و الثمرة قبل بدو الصلاح

(وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته) اى قلة الغرر (كاسّ الجدار)
الموجود فى الارض ، فان الغالب عدم التحقيق عنه هل هو من آجر جيد ،
او آجر ردى .

نعم : يلزم ان يكون حسب المتعارف مما يتسامح به العرف اما لو كان
اسس بيت رفيع من الطين كان غرراً (وقطن الجبّة) اى القطن الذى
يوجد فى داخل الجبّة ، فانه لا يعلم قدره ، ولا يعلم هل هو جيد ، او ردى
(وهو) اى الغرر بهذا المقدار الجزئى (معفو عنه اجماعاً) فلا يبطل
البيع بجهالته (ونحوه اشتراط الحمل) فانه غرر معفو عنه ، اذ لا يعلم
انه هل يكمل ، او يسقط ، وهل ذكر او انثى ، الى غيرها من جهات الجهل .
(وقد يكون) الغرر (مردداً بينهما) اى بين المتسامح فيه وغير المتسامح فيه
(وهو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة والمضاربة) فانه ان كان جزافاً زائداً
لا يتسامح فيه و يوجب الغرر ، كما اذا لم يعلم ان المال عشرة او مائة و
ان كان جزافاً فى الجملة بحيث يتسامح فيه عرفاً ، فانه لا يوجب الغرر .

كما اذا تردد بين ان يكون عشرة مثاقيل او تسعة ونصف ، فان
الدرهم والدنانير السابقة كانت تحك بكثرة التداول حتى تنقص فى
الجملة (و الثمرة قبل بدو الصلاح) اذ بعضها يبدو صلاحها متأخراً و

والآبق لغير ضميمة، انتهى، و فى بعض كلامه تأمل، كلامه الآخر فى شرح الارشاد، حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة، تعيينها غرر، فيكون منهيا عنه .
 اما الصغرى فلجواز عد مها او ظهورها مستحقة فينفسخ البيع .

بعضها متقدما (و الآبق لغير ضميمة) فانه قد يكون الضميمة ببلا يوجب رفع الغرر، كما اذا باع عليه كبريت مع الآبق وقد يوجب التسامح، كآبقو عبد حاضر (انتهى) كلام الشهيد (و فى بعض كلامه تأمل) .
 كتخصيصه الغرر بالجهل بالحصول، مع انك قد عرفت ان الغرر اعم .
 وكالتهافت بين اول كلامه الذى خصص الغرر بالجهل بالحصول، وبين آخر كلامه الذى جعل الغرر اعم من الجهل بالحصول والجهل بالصفات وما شبه، الى غير ذلك (ك) التامل فى (كلامه الآخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا)
 فاذا باع شيئا بدينار كان الدينار كليا، اما اذا عينه فى دينار خاص تعين .

فانهم (قالوا) مفعول « ذكر » (يعنى المخالفين من العامة، تعيينها)
 بان يبيع بدينار شخصى - مثلا - (غرر، فيكون منهيا عنه) فلا يصح البيع اذا كان الثمن شخصيا .

(اما الصغرى) وان التعيين غرر (فلجواز عد مها) اى ان ينعدم الامر الشخصى، بان يتلف الدينار (او ظهورها مستحقة) كان يظهر ان الدينار للغير (فينفسخ البيع) وهذا غرر وجهالة .

واما الكبرى فظاهرة، الى ان قال قلنا : ان نمنع الصغرى لان
الغرر احتمال مجتنبه عنه فى العرف بحيث لو تركه وبيع عليه ، وما ذكره
لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه ، انتهى .
فان مقتضاه انه لو اشترى الآبق ، او الضال المرجو الحصول بثمن
قليل لم يكن غررا ، لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل ، رجاء النفع
الكثير .

(واما الكبرى) وهى كون الغرر منهى عنه (فظاهرة) لان الغرر
منهى عنه فى النص و الفتوى (الى ان قال) الشهيد فى جواب الاشكال
(قلنا : ان نمنع الصغرى) وان البيع الشخصى غرر (لان الغرر احتمال
مجتنبه عنه فى العرف) فان العرف لا يقدمون على الغرر (بحيث لو تركه)
اي ترك الاجتناب عن الغرر (وبيع عليه) وقيل له لماذا اقدمت على هذه
المعاملة الغررية (وما ذكره) العامة من ان البيع الشخصى غرر
(لا يخطر ببال) انه غرر (فضلا عن اللوم عليه) اي فضلا من ان يلام مرتكب
هذا البيع (انتهى) كلام الشهيد .

(فان مقتضاه) اي مقتضى كلامه : ان الغرر احتمال مجتنبه عنه (انه
لواشترى الآبق ، او الضال المرجو الحصول بثمن قليل) كما لو اشترى عبدا
قيمه مائة دينار - مثلا - (لم يكن غررا ، لان العقلاء يقدمون على الضرر
القليل ، رجاء النفع الكثير) فلا يلام العاقل عليه ، فلا يكون غررا - بهذا
الميزان الذى ذكره الشهيد - مع انه غرر
قطعا .

وكذا لو اشترى المجهول المرددين ذهب ونحاس بقيمة النحاس بناءً على المعروف من تحقق الغرر، بالجهل بالصفة، وكذا اشراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا .

فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع فى المعاملات، وليس منوطا، بالنهى من العقلاء ليخص

(وكذا لو اشترى المجهول المرددين ذهب ونحاس بقيمة النحاس)
 فان المشتري لا يلام على ذلك عند العرف، مع انه غرر ومنوع عنه شرعا .
 وانما تكون هذه المعاملة غررا (بناءً على المعروف من تحقق الغرر ب) سبب (الجهل بالصفة) فان الجهل بكونه ذهبا ونحاساً جهل بالصفة (وكذا اشراء مجهول المقدار) كما اذا لم يعلم انه من او نصف من (بثمن المتيقن منه) بثمن نصف من (فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه) ولم يشتر (اعتذارا بكونه خطرا) ومع ان العقلاء يرغبون فيه فهو غرر، فليس الميزان للغرر ما ذكره الشهيد بقوله « لان الغرر احتمال مجتنب عنه الخ » .

(فالاولى) ان يقال : (ان هذا النهى) عن الغرر - ولو كان غررا محبوبا للعرف - (من الشارع) تعبدى .

وذلك (لسد باب المخاطرة) اى الاقدام على الخطر (المفضية الى التنازع فى المعاملات ، وليس) الغرر المحرم (منوطا) ما اذا كان هناك (النهى من العقلاء ليخص

مورده بالسفهاء او المتسفة .

ثم انه قد حكى عن الصدوق فى معانى الاخبار تحليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المناذرة واللامسة ، وبيع الحصة بكونها غررا مع انه لاجهالة فى بعضها ، كبيع المناذرة - بناءً على ما فسر به - من انه قول احدهما لصاحبه انبذالى الثوب ، وانبذه اليك ، فقد وجب البيع ، وبيع الحصة بان يقول : اذانبذت الحصة

مورده) اى مورد الضرر (بالسفهاء او المتسفة) اى الذين هم عقلاء ، و لكن يعملون اعمال السفهاء .

والحاصل : ان الغرر الشرعى اعم من الغرر العرفى ، وربما لا يكون هناك غرر عرفا ، و لكن الشارع يراه غررا .

(ثم انه قد حكى عن الصدوق فى) كتاب (معانى الاخبار تحليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المناذرة واللامسة و بيع الحصة بكونها غررا) ولذا ابطالها الشارع (مع انه لاجهالة فى بعضها ، كبيع المناذرة - بناءً على ما فسر به) الصدوق (به -) ضمير فسر يعود الى « بيع المناذرة » و ضمير « به » عائد الى « ما » ومصادقه « المعنى » (من انه قول احدهما) اى احدا المتعاملين (لصاحبه انبذ الى الثوب ، وانبذه اليك) .

الاول يقوله المشتري ، والثانى يقوله البائع (فقد وجب) بهذا انبذ (البيع ، و) مثل (بيع الحصة) عطف على « بيع المناذرة » (بان يقول : اذا نبذت الحصة) على الثوب الذى اریده

فقد وجب البيع .

و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر والله العالم .
 وكيف كان فلاشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم
 بالنبوى المذكور ، الا انه اخص من المدعى ، لان ما يمتنع تسليمه عادة -
 كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

(فقد وجب البيع) بهذا النبذ للحضاة .

و بيع الملامسة هو ان يجعل ايجاب البيع لمس المتاع .
 (و لعله كان) الامر فى هذه المعاملات (على وجه خاص يكون فيه
 خطر) و الالف بهذا التفسير الذى ذكرناه لاغرر فى شئ من ذلك ، وان كان
 له وجه بطلان من جهة اخرى ، و هو انه لا عقد فى هذه المعاملات اذا
 قلنا ببطلان المعاطات .

و انما الكلام فى قول الصدوق بان هذه المعاملات غررية ، ولذا هي باطلة .
 ولعل المراد بالوجه الخاص ان يكون تعيين المبيع بالنبذ والمس والقاء الحضاة بدون
 معرفة الخصوصيات قبل النبذ والمس واللقاء كان يقول المشتري ارم الحضاة على
 هذه الاثواب بغياى ثوب وصلت يكون ذلك الثوب لى بهذا الثمن فانه مجهول .

وكذلك اذا كان النبذ والمس على مجهول ، فانه من قبيل القمار (والله العالم) .
 (وكيف كان) سواء صدق الغرر فى بيع المناذرة واخويه ، ام لا .
 (فلاشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور)
 نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر (الا انه) اى النبوى (اخص من
 المدعى ، لان ما يمتنع تسليمه عادة - كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

.....
 نحوه ليس فى بيعه خطر، لان الخطر انما يطلق فى مقام يحتمل السلامة
 ولو ضعيفا .

لكن هذا الفرد يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة .
 وكون اكل الثمن فى مقابله اكلا للمال بالباطل بل لا يعد ما لعرفنا

نحوه) كالطير فى الهواء الذى يمتنع وصول اليد اليه ، والوحش الفار
 فى الصحراء (ليس فى بيعه خطر) حتى يصدق الغرر (لان الخطر انما
 يطلق فى مقام يحتمل السلامة ، ولو) احتمالا (ضعيفا) .

ومن المعلوم : ان الغريق الممتنع خروجه لا يحتمل فيه السلامة حتى يسمى خطرا
 مثلا الانسان المريض المحتمل سلامته وصحته يسمى مخطورا ، اما
 المتيقن موته لا يسمى مخطورا .

وكيف كان فلا استدلال بالنبوى لبطلان بيع الغريق غير تمام . اذ
 النبوى لا يشمل (لكن هذا الفرد) الغريق - مثلا - (يكفى فى الاستدلال
 على بطلانه بلزوم السفاهة) .

والمعاملات السفهائية باطلة ، لقوله تعالى : ولا تؤتوا السفهاء
 اموالكم التى جعل الله لكم بها قايما ، ولان المنصرف من ادلة المعاملة
 هى العقلائية منها ، لاحتى السفهائية .

(وكون اكل الثمن فى مقابله اكلا للمال بالباطل) فيشملة قوله
 تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، بل يشمله مناط الغرور ، اذ لو
 كان المخطور مخطورا ، فالمتيقن عدم الوصول اليه يكون مخطورا بطريق
 اولى (بل لا يعد ما لعرفنا) .

وان كان ملكا ، فيصح عتقه ، ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه ، الا انه لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا .

ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك ، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

ومن المعلوم : ان البيع مبادلة مال بمال (وان كان ملكا) وقد ذكروا في موضعه ان الملك اعم من المال ، فحبة للحنطة ملك وليست بمال (فيصح عتقه) في العبد الآبق - وهذا من توابع الملك ، اذ لا تعلق الا في ملك - (ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه) بل هو الآن لمالكه ، فاذا تمكن انسان آخر منه لا يصح له التصرف فيه لانه مال الناس (الا انه) اى كونه ملكا له آثار خاصة (لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا) .

فان العرف لا يراه ماله ، فلا مالية له شرعا ، اذ الشرع علق احكامه على ما كان مالا عرفا ، الا ما خرج بالدليل مما يراه العرف مالا ، ولا يراه الشرع كالخمر والخنزير عند اهلها .

(ولذا) الذي ليس بمال (يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك) فمن سبب اباق العبد او اطلاق الطير يجب عليه ان يعطى للمالك تمام قيمته (فيملكه) اى التمام (مع بقاء العين على ملكه) اى ملك المالك (على ما هو ظاهر المشهور) فاذا كسر الشخص انا انسان ، كانت اجزاء الاناء للمالك مع انه يجب على الكاسر ان يعطى للمالك تمام قيمة الاناء ، ولو لم تكن الاجزاء المكسورة ملكا لم يكن لها اختصاص بالمالك .

ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر .

منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله صلى الله عليه وآله : لا تبع ما ليس عندك ، بناءً على ان كونه عنده لا يراد به الحضور ، لجواز بيع الغائب ، والسلف ، اجماعاً ، فهى كناية لاعتبار مجرد الملك لان المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام .

ولاعتبار مجرد السلطنة عليه ، والقدرة على تسليمه ، لمنافاته لتمسك

(ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط) اى شرط القدرة على

التسليم (بوجوه اخر) .

منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله فى كتب الفتاوى (من قوله صلى الله عليه وآله : لا تبع ما ليس عندك ، بناءً على ان كونه عنده) المفهوم من الحديث ، وانه يشترط ان يكون المبيع عند البائع (لا يراد به الحضور) والوجود الآن عند البائع (لجواز بيع الغائب) الذى ليس بحاضر عند البائع (والسلف) الذى ليس بموجود الآن (اجماعاً ، فهى) اى الكون عند البائع ، والتأنيث باعتبار الخبر اى « كناية » (كناية لاعتبار مجرد الملك) اى لا تبع ما لا تملك (لان المناسب حينئذ) اى حين كان المراد مجرد الملك (ذكر لفظة اللام) بان يقول : لا تبع ما ليس لك ، لان يقول « ما ليس عندك » .

(و) ايضاً كناية (لاعتبار مجرد السلطنة عليه ، والقدرة على تسليمه) حالاً او مستقبلاً ، حتى يكون المعنى : لا تبع ما لا تقدر على تسليمه ؛ و لا سلطنة لك عليه (لمنافاته) اى هذا المعنى (لتمسك

العلماء من الخاصة و العامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالها، خصوصا اذا كان وكيله في بيعه، و لو من نفسه، فان السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا، مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية

العلماء من الخاصة و العامة بها) اي بهذه الرواية (على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالها) اي ان العلماء قالوا لا يجوز للانسان ان يبيع لعمرو دار زيد، ثم يشتري الدار ويعطيها لعمرو.

و استدلوا بعدم جواز ذلك بقوله صلى الله عليه وآله ((لا تبع ما ليس عندك)) .

و هذا الاستدلال دليل على انه ليس معنى هذه الرواية ((لا تبع ما لا سلطنة لك عليه لاحالا ولا بعدا)) اذ لو كان معناها هذا، لزم عدم صحة الاستدلال المذكور، اذ البائع في المثال يكون له سلطة على الدار فيما بعد البيع (خصوصا اذا كان) البائع في المثال (وكيله) اي عن المالك (في بيعه، و لو) بيعا (من) قبل (نفسه) كما لو قال مالك الدار للبائع : بع الدار و لو لنفسك .

و انما قلنا خصوصا (فان السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا) للبائع، لان المالك سلطه على المال (مع انه مورد الرواية عند الفقهاء) و انه لا يصح البيع، لانه من بيع ما ليس عنده .

و حيث ان الرواية لم تكن كناية عن ذلك و لا ذاك (فتعين ان يكون كناية)

عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد ،
حتى كانه عنده ، وان كان غائبا .

وعلى اى حال فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته ، او بحمله

اى يكون لفظ « عندك » كناية (عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف
على الملك مع كونه تحت اليد ، حتى كانه) اى المال (عنده) اى عند
البائع (وان كان) المال (غائبا) فى بلد آخر مثلا .

والحاصل : ان الاحتمالات المردودة فى الرواية ثلاثة .

الاول : - « لاتبع مالا تملك » .

الثانى : - « لاتبع مالا سلطة لك عليه لاحالوا والمستقبلا » .

الثالث : - « لاتبع مالىس حاضرا » .

اذ الاول : يقتضى ان يقول : « لاتبع مالىس لك » .

والثانى يقتضى صحة بيع مالىس له حالا ويكون له مستقبلا ، مع ان

العلماء استدلوا بهذه الرواية على بطلان هذا البيع .

والثالث : يقتضى بطلان بيع السلف ، والحال انه صحيح

قطعا ، اذ فالمعنى : لاتبع مالا قدرة لك على تسليمه ، فاذا كانت له

قدرة على التسليم بان كان مالكا وتحت يده حتى كانه عنده ، جاز

بيعه .

(وعلى اى حال) ايا كان معنى الرواية ، فانها تشمل البيع

الفضولى (فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه) اى عن هذا الحديث (ب)

سبب (ادلته) الدالة على صحة البيع الفضولى (او بحمله) اى حمل :

-
- على النهى المقتضى لفساده ، بمعنى عدم وقوعه لبايعة لو اراد ذلك
 - وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على مانحن فيه ممكن
 - واما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الازمنة
 - من بيع الشئ غير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه و دفعه الى المشتري
-

لاتبع ، في الحديث (على النهى المقتضى لفساده) اى فساد البيع ،
 لا النهى المقتضى للحرمة - مع صحة البيع - من قبيل « ذروا البيع »
 حيث قالوا بالحرمة والصحة (بمعنى عدم وقوعه) اى البيع (لبايعه)
 الفضول (لو اراد) البائع (ذلك) اى كون البيع لنفسه .

• وقوله وعلى اى حال ، دفع اشكال مقدر ، وهو انه كيف فسر .
 ثم الحديث يبقى عليه اشكال انه كيف لا يصح بيع ما ليس عنده ، و
 الحال ان انرى صحة بيع الفضول ، مع ان الفضول ليس عنده المال .
 والجواب ، ان بيع الفضول اما تخصيص للحديث ، او تخصص .
 (وكيف كان) الامر (فتوجيه الاستدلال بالخبر) اى : لاتبع ما ليس
 عندك (على مانحن فيه ممكن) عرفا ، اى ظاهر ، والمراد بمانحن فيه -
 اشتراط القدرة على التسليم - .

(واما الايراد عليه) اى على الاستدلال بهذا الحديث لمانحن فيه
 (بدعوى ان المراد به) اى بما ليس عندك (الاشارة الى ما هو المتعارف
 فى تلك الازمنة) ازمئة صدور الرواية (من بيع الشئ غير المملوك ، ثم
 تحصيله بشرائه ونحوه) اى نحو الشراء كالصلح ، والاستيهاب (ودفعه
 الى المشتري) .

.....

فمدفوع : بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد ، وليس فى

الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد .

نعم يمكن ان يقال : ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى ، بل النبوى

الأول ايضا فساد البيع ، بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود

فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر ، وتحقق كونه عنده .

ولو ابيت الاعن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

فليس الحديث مربوطا بالقدرة على التسليم ، كما هو مناط الاستدلال .

(فمدفوع : بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد) بل لفظه عام (و

ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد) .

فان المورد لا يخص كما ذكرنا فى الاصول ، الا اذا كان المورد من

القوة بحيث يوجب الانصراف الصارف للظهور العرفى وكيف يمكن ادعاء

مثل ذلك هنا .

(نعم يمكن ان يقال : ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى) لا تتبع ما

ليس عندك (بل النبوى الأول ايضا) نهى النبى عن الغرر (فساد البيع)

الذى لا يقدر البائع على تسليمه ، لانه غرر ، ولأنه ليس عنده (بمعنى

عدم كونه) اى البيع (علة تامة لترتب الأثر المقصود) .

فالحديثان ارشاد الى عدم اللزوم (فلا ينافى) عدم العلية التامة

(وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر ، وتحقق كونه عنده) فاذا زال الغرر ،

بان قدر بعد ذلك على التسليم ، وصدق انه عنده ، لزم البيع ، والابطال .

(ولو ابيت الاعن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

رأسا المنافية لوقوعه مراعى دارالأمرين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، و
بين اخراج بيع الرهن وبيع مايملكه بعد البيع، وبيع العبد الجانى
عمدا وبيع المحجور لرقّ، اوسفه، اوفلس، فان البائع فى هذه الموارد

رأسا) وان العقد الذى لا يقدر العاقد على تسليمه فاسد، لانه مراعى
(المنافية) تلك اللغوية (لوقوعه) اى العقد (مراعى) ومتزلزا (دار
الأمرين) ان نقول بأن الظاهر للحد يثين، وان كان الفساد الا انه
لا بد ان تصرفها الى ارادة كون العقد مراعى .

وبين ان نقول بابقاء الظاهر على ظاهره، لكن نخرج من هذا
الظاهر بعض المعاملات التى هى غرر، وليست عنده ومع ذلك قالوا
بصحتها .

ولكن التخصيص خلاف الظاهر - الظاهر الآبى عن التخصيص -
فلا بد من القول بصرف الظاهر الى ارادة كون العقد مراعى، وهذا مراده
بقوله : دارالأمرين (ارتكاب خلاف هذا الظاهر) الذى هو الفساد، و
خلافه كونه «مراعى» (وبين) القول بهذا الظاهر، ولكن (اخراج بيع
الرهن وبيع مايملكه بعد البيع، وبيع العبد الجانى عمدا) الذى هو
متعلق حق المجنى عليه، ولا يعلم هل يرضى بالبدل ام لا؟ فبيعه غرر
ويصدق عليه انه ليس عنده - (وبيع) الشخص (المحجور) عليه (لرقّ)
اذ العبد لا يجوز له ان يتصرف فى ماله الا باجازة سيده (اوسفه) فان
معاملته متوقفة على اجازة الولي (اوفلس) فان معاملة الفلاس متوقفة
على اجازة الغرماء (فان البائع فى هذه الموارد

عاجز شرعاً من التسليم ، ولا رجحان لهذه التخصيصات ، فحينئذ لا مانع
عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى
بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به .

وقد صرح الشهيد فى اللعة بجواز بيع الضال والمحجور عن غير
أباق مراعى بإمكان التسليم ، واحتمله فى التذكرة

عاجز شرعاً من التسليم ، (و) حيث دار الأمر بين خلاف الظاهر ، وبين هذه
التخصيصات ، نقول : (لا رجحان لهذه التخصيصات) كما تقدم ، فاللازم
ان نقول بالأول - أى خلاف الظاهر - (فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع
بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء) البائع (التمكن منه) أى من التسليم
(مراعى بالتمكن منه) حال عن « بيع كل ما » (فى زمان لا يفوت الانتفاع
المعتد به) « فى » متعلق بالتمكن .

أما إذا كان التمكن فى زمان فات الانتفاع المعتد به ، فهذا موجب
لعدم وقوع البيع .

اذ البيع انما هو للانتفاع ، فإذا كانت القدرة فى زمان لا منفعة فيه
اصلاً ، او فات الانتفاع المعتد به ، فلا بيع .

(وقد صرح الشهيد فى اللعة بجواز بيع الضال) الذى ضل
وضاع (والمحجور) الذى استولى عليه انسان وجده ، وهو مال هذا
الانسان البائع (عن غير أباق) بان يكون العبد غير أباق بل ضالاً او
او محجوراً (مراعى بإمكان التسليم) من البائع ، بان تمكن البائع من
وجدان الضال واخذ المحجور (واحتمله) أى الجواز العلامة (فى التذكرة

.....
 لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر،
 بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما عرفت من الايضاح .
 ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين
 الى صاحبه ، فيجب ان يكون مقدورا لاستحالة التكليف الممتنع .
 ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا
 منعنا الملازمة .

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء (الذين افتوا به في مختلف
 المسائل) اتفاقهم على فساد بيع الغرر ، بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما
 عرفت من الايضاح (لاصحة البيع ولو في الجملة .
 (ومنها) اى من الادلة التي اقيمت على اشتراط صحة العقد
 بالقدرة على التسليم (ان لازم العقد) عرفا و شرعا (وجوب تسليم كل من
 المتبايعين) البائع والمشتري (العوضين) البائع للثمن ، والمشتري
 للثمن (الى صاحبه ، فيجب ان يكون) التسليم (مقدورا لاستحالة التكليف
 الممتنع) اذ : اما لا يجب التسليم وهو خلاف « (اللازم) المذكور ، او
 يجب بدون القدرة عليه ، وهذا تكليف بغير المقدور وهو باطل .
 (ويضعف) هذا الاستدلال (بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب
 التسليم وجوبا مطلقا) سواء كان العاقد متمكنا من التسليم ، ام لا (منعنا
 الملازمة) فمن اين ؟ ان لازم العقد وجوب التسليم ، بل ورد في الشرع
 بعض الموارد التي يصح العقد ، ولا يجب التسليم ، كبيع الآبق مع
 الضميمة ، والعرف لا يرى بذلك بأسا ، خصوصا اذا كان هناك غرض في

.....
وان اريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن ، كما لو تجدد

العجز بعد العقد .

وقد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب .

ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط .

بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه ، كما لو كان مقصود المشتري اشتراء والده الآبق لا يعتق ، او كان مقصوده عتق الآبق كفارة او شبهها .

(وان اريد مطلق وجوبه) اى وجوب فى الجملة (فلا ينافى كونه) اى الوجوب فى الجملة (مشروطا بالتمكن ، كما لو تجدد العجز بعد العقد) فان العقد صحيح ، ومع ذلك لا يجب التسليم ، لان العجز موجب لعدم وجوب غير المقدور ، اما خيار المشتري حينئذ فهو كلام آخر ، اذ كلامنا فى صحة العقد ، وانها ليست مشروطة بتمكن التسليم .

(وقد يعترض) ما ذكرناه من ان الوجوب فى الجملة لا ينافى كون الوجوب مقيد بالتمكن (باصالة عدم تقييد الوجوب) اى وجوب التسليم « بالتمكن » بل يجب التسليم مطلقا ، حتى اذا لم يتمكن كان البيع باطلا وهذا الأصل عبارة عن ما هو اللازم عقلا وشرعا — كما تقدم — .

(ثم يدفع) هذا الاعتراض (بمعارضته) أى اصل وجوب التسليم ، بدون قيد باشتراط القدرة (باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط) صحته بالقدرة على التسليم .

خرج من هذا الأصل المورد الذى علمنا باشتراط الصحة بالتمكن

من التسليم ، وبقيت صورة عدم القدرة خارجة ، فاصالة صحة البيع محكمة .

وفى الاعتراض و المعارضة نظر واضح ، فافهم .
ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه ولا يتم
الا بالتسليم .

(وفى الاعتراض) اى قوله « قد يعترض » (و المعارضة) اى قوله
« ثم يدفع » (نظر واضح) .

امافى الاعتراض : فلانه يريد بنفى تقيد التمكن اثبات اطلاق الجوب
وهذا اصل مثبت .

وامافى المعارضة : فلأنه يريد باصالة عدم اعتبار القدرة اثبات ان
البيع سبب تام ، وهذا ايضا اصل مثبت (فافهم) بأنه اذا اريد بالأصل :
الاصل العملى ، كان الاشكال على الاعتراض و المعارضة وارداً .
اما لو اريد من الأصل : الاطلاق ، يعنى ان « افوا بالعقود » يفيد
الجوب المطلق ، ولا يتوجه الى العاقد الا بعد امكن التسليم ، فلا يلزم
التسليم لو لم يتمكن .

ولم يرد عليه اشكال لزوم كون الأصل مثبتاً .
وان شئت قلت : ان « افوا » يقول : فيه يعقدك ، سواء قدرت
على التسليم ، ام لا .

(ومنها) اى من الادلة على اشتراط القدرة على التسليم (ان
الغرض من البيع انتفاع كل منهما) البائع والمشتري (بما يصير اليه) من
المثمن الى المشتري ، والتمن الى البائع (ولا يتم) الغرض (الا بالتسليم)
فمع عدم امكن التسليم لا يحصل الغرض ، واذا لم يحصل الغرض لم يصح

• يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم .
 بل منع عدم كون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسليم ، لا الانتفاع المطلق .

ومنها ان بذل الثمن على غير المقدور سفه ، فيكون ممنوعا واكله اكلا باطلا .

• البيع

(ويضعفه) اولا : (منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم) .
 لا مكان ان يريد البائع جعل الثمن — غير المقدور على تسلمه — حقاله على الغاصب مثلا .

وامكان ان يريد المشتري جعل الثمن « العبد الآبق » معتوقا لاداء نذر ، او كفارة ، او ما شبهه .

(بل) يرد عليه ثانيا : (منع عدم كون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسليم ، لا الانتفاع المطلق) الممكن بدون التسليم .

و ثالثا : بأن تخلف الغرض لا محذور فيه اذا كان على نحو الداعى .
 الا ترى ان صاحب الضيف اذا اشترى خبزا للضيف ، ثم ذهب الضيف لم يكن له ارجاع الخبز وان كان قد تخلف غرضه .

(ومنها) اى من الأدلة على اشتراط القدرة على التسليم (ان بذل) المشتري (الثمن على غير المقدور سفه ، فيكون ممنوعا) لأن المعاملة السفهائية باطلة (و) يكون (اكله) اى البائع للثمن (اكلا) لئمال (بالباطل) فيشملة قوله تعالى « لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ » .

وفيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها، بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم .

ثم ان ظاهر معاهد الاجماع - كما عرفت - كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف، وقد اكد الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء

(وفيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول) كما لو اشترى العبد الآبق الذى ثمنه الحقيقى الف، بعشرة (ليس سفها ، بل تركه) اى ترك البيع (اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه) ولذا ترى العقلاء يغامرون بأنفسهم وأموالهم فى المخاطر رجاء حصولهم على اموال كثيرة (فافهم) اذ تختلف مراتب الاحتمال ، فاطلاق الجواز كاطلاق المنع ، كلاهما محل مناقشة .

(ثم ان ظاهر معاهد الاجماع - كما عرفت -) فى اول المسألة (كون القدرة) على التسليم (شرطا) فى صحة البيع (كما هو كذلك) القدرة شرط (فى التكاليف) .

فكما انه لا تكليف بدون القدرة، كذلك لاصحة للبيع بدون القدرة على التسليم (وقد اكد الشرطية) للقدرة (فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم) .

والظاهر من عدم الجواز عدم الجواز وضعاً، وعدم جواز ترتيب الاثر تكليفاً (فينتفى) البيع (المشروط) بالقدرة على التسليم (عند انتفاء

الشرط .

ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع
 لان القدرة شرط .
 قال ويظهر الثمرة فى موضع الشك .

الشرط (اى القدرة على التسليم .

(ومع ذلك كله فقد استظهر بعض) وهو الجواهر (من تلك
 العبارة) اى عبارة الغنية (ان العجز) عن التسليم (مانع ، لان القدرة
 شرط) لصحة البيع .

(قال) الجواهر (وتظهر الثمرة) فى ان القدرة شرط ، او العجز
 مانع (فى موضع الشك) .

اذ : لو كانت القدرة شرطا ، فاذا اشكنا فى القدرة كان الأصل
 عدمها ، ويلزم القول بعدم صحة البيع .

اما لو كان العجز مانعا ، فاذا اشكنا فى وجود المانع كان اللازم
 تحكيم اطلاقات : او فواب العقود ، وما شبه ، حتى يثبت المانع ، ويلزم
 القول بصحة البيع .

وكذلك فى كل مورد دار امر الضدين بين ان يكون احدهما شرطا ،
 او الآخر مانعا .

مثلا : لو كان الغصب مانعا وشك فيه استصحب عدم الغصب ، ولزم
 القول بصحة الصلاة المأتى بهافى موضع مشكوك الغصبية .

اما لو كانت الاباحة شرطا ، فمع الشك فى الاباحة لا يمكن الحكم

ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة وجعله دليلا
على ان القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز .

وفيه مع ما عرفت : من ان صريح معاقدا الاجماع خصوصا عبارة
الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة ان
العجز امر عدمى ، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا ونوعا وجنسا ان يقدر ،

بصفة الصلاة ، اذا الشرط يحتاج الى العلم والاحراز .

(ثم ذكر) الجواهر (اختلاف الأصحاب فى مسألة) بيع (الضال و
الضالة) هل يجوز اولا ؟ (وجعله) اى الاختلاف (دليلا على ان القدر
المتفق عليه) اى الذى اتفق العلماء على بطلان البيع فيه ، فيما لا قدرة
للمالك على تسليمه (ما اذا تحقق العجز) عن التسليم ، ولا يعم صورة الشك .

فالمورد الذى اختلف العلماء فى انه هل يصح البيع ، ام لا ؟ كبيع
الضال و الضالة ، هو ما اذا شك فى امكان التسليم .

و المورد الذى اتفقوا على انه لا يصح البيع ، هو ما اذا علم بعدم
امكان التسليم ، مع جعل العجز فى المقامين مانعا ، لان القدرة شرطا .
(وفيه مع ما عرفت : من ان صريح معاقدا الاجماع خصوصا عبارة
الغنية المتأكدة) تلك العبارة (بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء) اى
لا بالانتفاء عند الوجود (هى شرطية القدرة) « هى » خبر « ان صريح » ان
العجز امر عدمى ، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا ونوعا وجنسا ان
يقدر) اى ان العجز عدم ملكة .

وقد تقرر فى موضعه ان عدم الملكة قد ينسب الى الصنف الذى من

فكيف يكون مانعا ، مع ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم .

ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لاثمة فيه لافى صورة الشك الموضوعى او الحكمى ، ولا فى غيرهما

شأنه الملكة ، وقد ينسب الى النوع وقد ينسب الى الجنس .

مثلا عدم اللحية بالنسبة الى زيد عدم ملكة ، لأن صفه وهو الانسان الأبيض ، او نوعه وهو مطلق الانسان ، او جنسه وهو الحيوان ، من شأنه ان يكون ملتصحا .
فعدم القدرة من شخص ، شأن صفه او نوعه او جنسه القدرة ، يكون عدم ملكة .

فالأول : كالعاقدة البائع ماله ، والثانى : كالعاقدة المعاوض ، و
الثالث : كمطلق العاقدة الشامل للوكيل ايضا .

واذا كان العجز عن التسليم امرا عدميا (فكيف يكون) العجز (مانعا)
عن صحة البيع (مع ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم) كالحدث فى الصلاة ، فانه يسمى مانعا ، لأنه يلزم من وجوده عدم الصلاة .

فقول الجواهر ان العجز عن التسليم مانع ، لان القدرة شرط ، لا وجه له .
(ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه) اى على عدم القدرة ، لأنه عدم مضاف (لاثمة فيه) .

فقول الجواهر « ويظهر الثمرة فى موضع الشك » لا وجه له (لافى صورة الشك الموضوعى او) الشك (الحكمى ، ولا فى غيرهما) .

.....
 فاننا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها،
 او لامعه فالأصل عدمها

فالشك الموضوعي هو ما اذا كانت الشبهة صدقية، كمالو شككنا
 في ان القدر الخارج من ادلة الصحة « بسبب العجز عن التسليم » هو
 ما اذا تعذر التسليم، او الأعم منه ومن التعسر، كما اذا كان العبد في
 مكان لا يعلم انه يتعذر او يتعسر الوصول اليه .

والشك الحكمي هو ما اذا علمنا حال الموضوع كالعجز غير المستمر
 مثلاً وشك في حكمه من جهة الشك في ان الخارج من ادلة الصحة و
 هو العاجز، هل قيد بالاستمرار كي لا يخرج العجز غير المستمر، ام لم
 يقيد بالاستمرار كي يخرج ؟

والشك غيرهما هو ما اذا كانت الشبهة مفهومية، كمالو شككنا في ان
 العبد الآبق في مكان يتعسر الوصول اليه هل يصدق عليه القدرة، ام لا؟
 للشك في ان مفهوم القدرة هو الأعم من عدم التعذر، وعدم التعسر
 او خاص بعدم التعذر .

وانما قلنا : بعدم الثمرة (فاننا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز)
 وهل ان البائع في صورة تعسر الوصول الى المبيع، قادر او عاجز؟ -
 وهذا يراد به الشك الموضوعي - (مع سبق القدرة) بان كان العبد
 في مكان سهل التناول ثم صار في مكان آخر صعب التناول (فالأصل
 بقائها) اي القدرة (او لامعه) اي لامع سبق القدرة، بان كان العبد
 في مكان متعذر التناول، ثم صار في مكان متعسر التناول (فالأصل عدمها)

اعنى العجز سواء جعل القدرة شرطا او العجز مانعا .

واذا شككنا فى ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر،
او العجز فى الجملة .

اوشككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - ام خصوص التعذر

اي عدم القدرة (اعنى العجز) اى تجرى اصالة العجز (سواء جعل
القدرة شرطا او العجز مانعا) .

اذ الاستصحاب كما يحقق الشرط يحقق المانع .

فاذا شك الانسان فى الوضوء وكان سابقا متوضئا واستصحاب ، تحقق الشرط .
واذا شك فى ان الدم الخارج من الداخل حتى يكون مانعا من
الصلاة - على القول بأن دم القروح الداخلة ليس معفوا عنه - ام من
الخارج ، وكان سابقا يجرى الدم من الداخل ، كان مقتضى الاستصحاب
الحكم بالمانعية .

(واذا شككنا) وهذا للشك الحكمى (فى ان الخارج عن عمومات
الصحة هو العجز المستمر ، او العجز فى الجملة) ولو لم يكن مستمرا ،
كما لو كان وقت البيع عاجزا عن التسليم ، لكنه بعد ذلك يرتفع العجز و
يتمكن من التسليم ، لغرض ان العبد يندم ويرجع عن الاباق او الضالة توجد .

(اوشككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر) بان كان الوصول

الى البيع متعسرا (- كما حكى -) هذا التفسير للعجز (ام خصوص
التعذر) وهذا مثال للشك الموضوعى المفهومى .

اذ الشك فى الموضوع قد يكون مصداقيا ، وقد يكون مفهوميا .

فباللزام التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا .

والحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انما يصح ويثمر فى الضدين ، مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه كالعلم والجهل

مثلا : اذا قال المولى اكرم العلماء فقد يكون الشك « فى ان زيدا عالم ام لا ؟ من جهة اننا لانعلم هل قرأ النحو ام لا ؟ » وهذا شك موضوعى من جهة الشبهة المصداقية ، وقد يكون الشك « فى ان زيدا عالم ام لا من جهة اننا لانعلم هل قارى النحو يسمى عالما ام لا ؟ مع اننا نعلم انه لو كان يسمى عالما » وهذا شك موضوعى من جهة الشبهة المفهومية (فاللزام التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا) .

ففرق صاحب الجواهر بين شرطية القدرة ، ومانعية العجز ليس كما ينبغي . (والحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انما يصح ويثمر فى الضدين ، مثل الفسق و العدالة) فاذا كانت العدالة شرطا - ولم تحرز عدالة زيد - لم تصح الصلاة خلفه ، لعدم احراز الشرط ، واما اذا كان الفسق مانعا ، ولم تحرز العدالة ولا الفسق ، صحت الصلاة خلفه ، لاصالة عدم المانع - الذى هو الفسق - (لانما نحن فيه) اى القدرة و العجز (كالعلم و الجهل) مما كان بينهما عدم و ملكة كمالو شك بين اشتراط القدرة و بين مانعية العجز ، فلا ثمة تترتب على كون القدرة شرطا او العجز مانعا ، لعدم جريان اصالة عدم المانع .

.....
 واما اختلاف الاعحاب فى مقابلة مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك
 فى القدرة والعجز ومبنيًا على كون القدرة شرطًا والعجز مانعًا كما يظهر من

مثلا : لايجزى اصل عدم العجز لان العجز معناه عدم القدرة ،
 فاصل عدمه معناه اصل عدم ، عدم القدرة والنفي فى النفي اثبات ،
 فمعناه اصل القدرة وهذا الأصل غير صحيح ، لعدم حالة سابقة
 للقدرة — حسب الفرض — .

(واما اختلاف الاعحاب فى مقابلة مسألة الضال والضالة) الذى جعله
 الجواهر مدركا لنفسه (فليس لشك المالك) البائع (فى القدر وقوال العجز)
 اى لأجل كون المالك شاكافى قدرته على التسليم او عجزه (و) ليس
 (مبنيًا على كون القدرة شرطًا والعجز مانعًا) .

فان الجواهر قال : ان اختلاف الأصحاب فى صحة بيع الضال و
 الضالة مبنى على صورة شك المالك فى انه قادر ام عاجز عن تسليم
 المبيع ؟ مع البناء على مانعية العجز لشرطية القدرة .

يعنى ان الأصحاب بنائهم على ان العجز مانع ، ثم قالوا لو شك
 المالك فى انه قادر او عاجز ، هل يصح بيعه للضال ، ام لا ؟

فاختلفهم فى هذه الصورة « صورة شك المالك » مبنى على بنائهم
 مانعية العجز « لشرطية القدرة » .

والمصنف يقول ليس كلام الأصحاب واختلافهم على حسب ما ذكره
 الجواهر (كما يظهر) انه « ليس لشك المالك
 الخ » (من

ادلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجئ عند التعرض لحكمها .
ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم،
فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعد مها حال استحقاق التسليم،
كما لا يقدح عد مها قبل الاستحقاق

ادلتهم على الصحة) فيمن قال : ان بيع الضال والضالة صحيح (و
الفساد) في من قال : ان البيع فاسد ، فادلتهم على الفساد حديث
نفى الغرر ، والاجماع المدعى على الفساد و ادلتهم على الصحة
المناقشة في دليلي الفساد وقولهم بشمول المطلقات لبيع الضال و
الضالة (بل لما سيجئ عند التعرض لحكمها) و انه هل هو صحيح ام
فاسد ؟ عند قول المصنف « و اما الضال » .

(ثم ان العبرة في الشرط المذكور) اي القدرة على التسليم - و
هذا الكلام رجوع الى اصل مسألة اشتراط القدرة على التسليم في صحة
البيع ، بعد ان تمت المناقشة لكلام صاحب الجواهر (انما هو في زمان
استحقاق التسليم) فاللازم قدرة البائع على تسليم البيع وقدرة المشتري
على تسليم الثمن عند الوقت المحدد للتسليم (فلا ينفع وجودها) اي
القدرة (حال العقد اذا علم بعد مها حال استحقاق التسليم) .
مثلا : كان قادرا على التسليم يوم الجمعة عند اجراء العقد ، لكنه
كان عاجزا يوم السبت حال اشتراط التسليم .

و انما نقول باعتبار القدرة حال استحقاق التسليم ، لانه انصرف
من النص والفتوى (كما لا يقدح عد مها) اي عدم القدرة (قبل الاستحقاق)

ولو حين العقد و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا اذ اكانت العين فى يد المشتري .

و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما اذا اشترى من ينعق عليه فانه ينعق بمجرد الشراء ، و لا سبيل لأحد عليه و فيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد ، اما لاشتراط تأخير مده .

و اما لتزلزل العقد ، كما اذا اشترى فضولا ، فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها .

للتسليم (ولو) كان عدم القدرة (حين العقد و يتفرع على ذلك) اى اعتبار القدرة حين الاستحقاق (عدم اعتبارها) اى القدرة (اصلا اذا كانت العين فى يد المشتري) و ذلك لأن التسليم حاصل .

(و) كذلك لا يعتبر القدرة على التسليم (فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما اذا اشترى من ينعق عليه) مثلا اشترى الولد اباه (فانه ينعق بمجرد الشراء ، و لا سبيل لأحد) لا للبائع و لا للمشتري (عليه) لأن الحر لا سبيل لأحد عليه (و فيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد ، اما لاشتراط تأخير مده) اى التسليم (مده) من الزمان كسنة مثلا .

(و اما لتزلزل العقد ، كما اذا اشترى فضولا ، فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك) فانه فى هذين الموردين لا يستحق التسليم عند العقد (فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها) اى قبل الاجازة .

و لا يخفى ان عطف « و فيما اذا لم يستحق » على سابقه

لكن يشكل - على الكشف - من حيث انه لازم من طرف الاصيل
 فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذ انتقل اليه مالم يقد رعلى تحصيله .
 نعم هو حسن فى الفضولى من الطرفين .
 ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكه ،

(لكن يشكل) عدم القدرة على التسليم قبل الاجازة بناء () - على
 الكشف -) اى القول بأن الاجازة كاشفة (من حيث انه) اى العقـد
 (لازم من طرف الاصيل) على ما تقدم فى باب الفضولى انه لوباع الفضول
 شيئاً المشتر اصيل ، كان البيع لازماً من طرف المشتري وان كان متزلاً من
 طرف البائع .

وعلى انه لازم من طرف الاصيل (فيتحقق الغرر بالنسبة اليه) اى
 الى الاصيل (اذ انتقل اليه مالم يقد رعلى تحصيله) وهذا غرر و خطر .
 (نعم هو) اى عدم اعتبار القدرة على التسليم (حسن) بناء على
 النقل ، اذ لم ينتقل الى المشتري المبيع الا بعد الاجازة فلا غرر .

كذلك حسن (فى الفضولى من الطرفين) اذ لم يكن البيع لازماً من
 اى طرف ، فلا غرر لالبائع ولا للمشتري ، وانما الانتقال والنقل بعد الاجازة .
 (ومثله) اى مثل الفضولى (بيع) الراهن (الرهن قبل اجازة
 المرتهن او فكه) اى فك الرهن ، فانه ان كان المشتري اصيلاً فهو مثل
 الفضولى من طرف واحد وان كان المشتري فضولياً فهو مثل الفضولى من
 الطرفين ، اذ عمل الراهن فضولى ، وان كان فرق بينه وبين الفضولى
 فى البيع ، بان الفضول فى البيع لاعلاقة له بالمال ، والراهن

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم
فى المجلس موقوف على تحققه ، فلا يلزم غرر .

الفضولى له علاقة بالمال ، لكن هذا الفرق لا يوجب تفاوتاً بينهما من حيث
مانحن فيه (بل وكذا لو لم يقدر) اى لاتعتبر القدرة (على تسليم ثمن
السلم) .

السلم هو ان يبيع الانسان المتاع ليعطيه فى المستقبل و يأخذ
الثمن حالا فانه لاتعتبر القدرة حال العقد (لأن تأثير العقد) فى النقل
والانتقال (قبل التسليم) للثمن (فى المجلس) اذ يعتبر فى السلم
تسليم الثمن فى المجلس (موقوف) ذلك التأييد (على تحققه) اى تحقق
التسليم (فلا يلزم غرر) لو لم يقدر على التسليم .

اذ قبل التسليم لا يتحقق الانتقال اصلا ، اذ التسليم جزء من اجزاء
العقد فى بيع الصرف والسلم ، والغرر انما يتحقق اذا تم العقد ولم
يقدر على الشرط — الذى هو التسليم — فعدم التسليم فى باب الصرف
مثل عدم القبول .

فكما انه اذا جرى البائع الايجاب ولم يجر المشتري القبول لم يكن
غرر ، اذ المنهى عنه العقد الغررى ، ولا عقد فى المقام ، كذا اذا حصل
الايجاب والقبول فى باب السلم ، ولم يحصل التسليم لم يكن غرر ، اذ
المنهى عنه العقد الغررى ، ولا عقد فى المقام ، فان من مقومات عقد
السلم التسليم .

ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط .
ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاصح ،
بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده ، في تأثير العقد اذا اتفق حصوله
فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد ، ولا العلم بتحققها
فيما بعد . والحاصل :

(ولو تعذر التسليم) للثمن في باب السلم (بعد العقد) بأن كان
التسليم مقدورا حال العقد ، وتعذر بعد ان اجريا الايجاب والقبول
(رجع الى تعذر الشرط) لا الى عدم تحقق العقد .
(ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد) « حال »
ظرف لـ « تعذر » اي ان الشرط اذا كان متأخرا ، لكن هذا الشرط تعذر
حال العقد (غير قاصح) ان حال العقد لا يشترط هذا الشرط ، وانما
يشترط الشرط بعد العقد ، لفرض انه شرط متأخر (بل لا يقدح) ولا يضر
(العلم بتعذره) اي الشرط (فيما بعده) اي بعد العقد ، بأن علم حال
العقد ، انه لا يتمكن من التسليم - الذي هو شرط - بعد العقد (في
تأثير العقد) الجار متعلق بـ « لا يقدح » (اذا اتفق حصوله) اي الشرط
حال بعد العقد (فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد)
فلا يشترط في صحة العقد ان يتمكن العاقد من التسليم - تمكنا حال
العقد - (ولا) يشترط (العلم بتحققها) اي الشروط (فيما بعد) اي
العقد .

(والحاصل) ان التسليم في بعض العقود من شرط العقد ، وفي

.....
ان تعذر التسليم مانع فى بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط
تأثيره .

و السرفيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور .
و بعبارة اخرى الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام النقل

بعض العقود من احكام العقد ، فالتسليم فى بيع الصرف و السلم من
شرط العقد بحيث ان حال التسليم حال جزء العقد ، و التسليم فى
سائر البيوع من احكام البيع المترتبة على البيع و (ان تعذر التسليم
مانع) عن الصحة (فى بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط تأثيره)
اذ الصحة ترتفع بسبب المانع .

اما اذا كان التسليم شرطاً ، فالصحة لا تأتى اصلاحاً حتى يقال بأنها
ارتفعت — فان العقد لم يتحقق اصلاً — .

(و السرفيه) اى فى ان التعذر للتسليم مانع فى مثل البيوع
العادية ، لا فى مثل العرف و السلم ، و ضمير « فيه » راجع الى « الحاصل »
(ان التسليم فيه) اى فى ما كان التسليم شرطاً ، لا حكماً — كالصرف و السلم
— (جزء الناقل) اذ المشروط عدم ، عند عدم شرطه (فلا يلزم غرر — من
تعلقه) اى تعلق الناقل — وهو العقد — (بغير المقدور) بخلاف ما اذا
كان التسليم حكماً ، فان العقد قد تم ، فهو غرر اذ الميقدور على التسليم .

(و بعبارة اخرى) لتوضيح ان تعذر التسليم فى السلم ليس غرراً ،
بخلاف البيع العادى (الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام النقل)
فى سائر البيوع ، فاذا لم يقدر كان البيع غرراً ، اما فى الصرف و السلم

ولهذا لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده
والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض
حاصل في يد المشتري .
فالقبض مثل الاجازة - بناءً على النقل - واولى منها - بناءً
على الكشف - .

فالنقل لا يتحقق الا بالتسليم .

فعدم التسليم يوجب عدم البيع ، لانه يوجب كون البيع غريبا .
(ولهذا) الذى ذكرنا من ان الاعتبار بالقدرة انما هو بعد تمام
النقل (لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده) اى
بعد القبول (والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل
وهو القبض) فى باب الصرف والسلم (حاصل فى يد المشتري) بخلاف
سائر البيوع فان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - والجزء
الأخير هو القبول - ليس حاصلًا فى يد المشتري .
(فالقبض) فى باب الصرف والسلم (مثل الاجازة) فى بيع الفضولى
(- بناءً على النقل -) .

فكما ان الاجازة متممة ، وليست امرا خارجا عن الناقل ، كذلك القبض
فى الصرف والسلم (واولى منها) اى من الاجازة (- بناءً على
الكشف -) اذا الاجازة - بناءً على الكشف - لاشأن لها فى الناقلية ، و
انما هى كاشفة محضة عن تحقق النقل سابقا ، بخلاف القبض فان له
مدخلًا فى النقل بحيث لولاه لم يكن نقل .

وكذلك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه
 — بناءً على اشتراط القبض — انما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب
 احرازه حين الرهن ولا العلم بتحقيقه بعده .

فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد
 اثره ، وسيجئ الكلام فى باب الرهن .
 اللهم الا ان يقال : ان المنفى فى النبوى

(وكذلك الكلام فى عقد الرهن) فلا يقدح فى صحة المعاملة عدم
 القدرة على التسليم بأن عقد للرهن مالا يقدر على تسليمه (فان اشتراط
 القدرة على التسليم فيه) أى فى عقد الرهن (— بناءً على اشتراط
 القبض —) أى قبض المرتهن للعين المرهونة (انما هو) أى اشتراط
 القدرة (من حيث اشتراط القبض) فالقدرة على التسليم لاجل شرطية
 القبض (فلا يجب احرازه) أى هذا الشرط ، أى لا يجب ان يكون قادراً على
 التسليم (حين الرهن ولا العلم بتحقيقه) أى هذا الشرط وهو القدرة
 (بعده) أى بعد عقد الرهن .

(فلو رهن ما يتعذر تسليمه) كما لو كان طيراً فى الهواء (ثم اتفق
 حصوله فى يد المرتهن) بأن أخذ الطير (اثر العقد اثره ، وسيجئ الكلام
 فى باب الرهن) وانه لا يشترط القدرة ولا العلم بالقدرة ، حال الرهن إن شاء الله تعالى .
 (اللهم الا ان يقال) فى وجه اشتراط القدرة على التسليم فى بيع
 الصرف والسلم والرهن (ان المنفى فى النبوى) القائل لا غرر مضمون
 (نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر) وفى حديث آخر (عن

هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم ، اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض او غير مقدور ، غرر عرفا ، لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لاعرفى ، فيصدق الغرر والخطر عرفا وان لم يتحقق شرعا ، اذ قبل التسليم لا انتقال ، وبعده لا خطر .

(هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا) سواء كان الغرر الدقئ ام لم يكن (فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم ، اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض) « قبل » ظرف « للمجهول » بأن كان الثمن مجهولا ، لم يعلم انه دينار ام درهم - مثلا - (او غير مقدور) بأن كان العوض طيرافى الهواء - ولا يخفى ان غير المقدور هو محل البحث ، لا المجهول ، وانما ذكر المجهول من باب التنظير والتقريب الى الذهن - (غرر عرفا) وانما كان غررا عرفا (لأن اشتراط القبض في نقل العوضين) اى النقل والانتقال (شرعى لاعرفى) فانه لو كان عرفيا لم يكن غررا ، اذا العرف كان يرى ان النقل لم يحدث قبل القبض ، فأين الغرر في امر لم يتحقق بعد ، اما حيث كان العرف يرى ان العقد هو سبب النقل ، ولا يرى القبض الا امرا خارجا ، يرى حصول الغرر في هذه المعاملة المتحققة بمجرد العقد (فيصدق الغرر والخطر عرفا) فهو منهى عنه (وان لم يتحقق) الغرر (شرعا ، اذ قبل التسليم لا انتقال) فان الشارع يرى ان متمعلة الانتقال القبض ، وقوله « اذ » علة « لم يتحقق » وحيث انه لا انتقال فلا امر يوجب الغرر (وبعده) اى بعد التسليم (لا خطر) فمن اين يأتى الغرر والخطر .

.....

لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا .

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه ، لا عن

المالك ما لا يقدر على تسليمه .

اللهم الا ان يمنع الغرر العرفى

(لكن النهى) فى « لاغرر » (و الفساد) للبيع اذا النواهى فى

المعاملات تدل على الفساد اذا لم تكن نهيا عن الخارج ، و مثال

النهى الخارجى « و ذروا البيع » حيث قالوا بصحة البيع (يتبعان بيع

الغرر عرفا) لا بيع الغرر شرعا .

(و من هنا) حيث ان الغرر المنهى عنه هو العرفى لا الشرعى

(يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه ، لا) ان باع (عن

المالك ما لا يقدر على تسليمه) فانه و ان كان النقل لم يتم بعد ، اذ هو

متوقف على اجازة المالك ، فلاغرر شرعا ، لكنه غرر عرفى ، فيكون منهيا عنه

و فاسدا .

و هذا بخلاف ما اذا باع عن المالك ، و المالك قادر على التسليم ،

فان البائع الحقيقى — و هو المالك قادر على التسليم — و الاعتبار

بالبائع الحقيقى لا بمجرى صيغة العقد ، و لذا لا يشترط تمكن الوكيل فى

اجراء العقد ، من التسليم ، بل الميزان تمكن المالك .

(اللهم) رجوع الى ان عدم القدرة على التسليم فى باب الصرف و

السلم ، لا يوجب الغرر ، فيصح البيع ، اذا قدر بعد تمام العقد على التسليم

(الا ان يمنع الغرر العرفى) فلا يبطل بيع الصرف و السلم ، اذا لم يكن

بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر فان العرف اذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا ، وهكذا ، فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة .

المشتري قادرا على التسليم - حال العقد - اى لا يبطلان من جهة الغرر (بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا) انما هو (على وجه لا يلزم منه خطر) .

اذ الشارع قبل القبض لا يعترف بالمعاملة - لأن جزءا منها « و هو القبض » لم يتحقق بعد - فلا غرر من جهة انه لا معاملة ، و بعد القبض - حيث تتم المعاملة - لا خطر (فان العرف اذا اطلعوا على انعقاد العبد الآبق (القريب) للمشتري ، بأن كان العبد ابدا للمشتري - مثلا - (بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا) .

وعليه : فالعرف انما يحكم بالخطر لجهالته بالموازين الشرعية ، اما اذ اطلع عليها لم يحكم بالخطر ، فكما ان العرف يرى خطرا فى شراء العبد الآبق ، لكن اذ اطلع على ان الشارع يحكم بعدم تمامية المعاملة قبل القبض ، يرى انه لا خطر ، لأنه لا معاملة متحققة (وهكذا) فى كل مورد عرف العرف الميزان الشرعى الذى لا يوجب الخطر ، اضرب عن رؤيته التى كان يراها بأنه خطر (فالمناط صدق الغرر عرفا) لاعرفا مطلقا ، بل (بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة) .

فان رأى العرف ان الشارع رتب الأثر على المعاملة رأى ان فيه خطورة

فتأمل .

ثم ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال - فى ايضاح النافع - ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لانها شرط فى أصل صحة البيع ، فلو قدر على التسلم

وان رأى ان الشارع لم يرتب الأثر على المعاملة - كالأصرف والسلم قبل القبض - لم يرفيه خطراً ، اذ لا خطر فيما لا اثر له (فتأمل) فان العرف يرى الخطر ، لأنه انما يرى موازين نفسه ، لا الموازين الشرعية ، والا كانت الاحالة فى الموازين الى العرف توجب الدور ، اذ معنى العرف حينئذ كان هو الشرع ، فيكون الاحالة من الشرع الى العرف الذى يراد به الشرع ايضاً .

ومهذا - اى بقوله فتأمل - انتهى المصنف الى ان بيع الصرف و السلم فيما لا قدرة حال البيع على التسليم يكون غرراً موجباً للبطلان ، وان قدر المشتري على التسليم بعد العقد ، وسلم الثمن لأن المعاملة الغررية باطلة ، وان خرجت بعد ذلك عن كونها غررية .

(ثم ان الخلاف فى اصل المسألة) اى مسألة اشتراط القدرة على التسليم (لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال - فى ايضاح النافع - ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط) لأنه الذى ينتفع به ، بالنسبة الى الثمن (لا انها شرط فى أصل صحة البيع ، فلو قدر المشتري (على التسلم) واخذ

.....
 صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرا عليه ، بل لورضى مع علمه بعدم
 تمكن البائع من التسليم جاز ، وينتقل اليه ولا يرجع على البائع لعدم
 القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه .
 نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم تصح المعاوضة
 عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل

المشمن بنفسه (صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرا عليه) اى على
 التسليم (بل لورضى) المشتري بالابتياح (مع علمه بعدم تمكن البائع
 من التسليم جاز) البيع (وينتقل) المبيع (اليه) اى الى المشتري بعد
 ان صح البيع (ولا يرجع) المشتري (على البائع) .
 واحتمال الرجوع انما هو لعدم القدرة اى لا يحق للمشتري ان
 يرجع الى البائع بأخذ ثمنه منه بحجة ان البائع لا يقدر على تسليم المبيع
 بأن يفسخ المعاملة (اذا كان البيع على ذلك) اى مبنيًا على ان البائع
 لا يكلف بالتسليم ، و « اذا » شرط لـ « لا يرجع » (مع العلم) بأنه لا يقدر
 على التسليم ، و « مع العلم » توضيح لقوله « على ذلك » او ان المراد
 « اذا كان البيع على غير المقدور تسليمه مع علم المشتري » (فيصح بيع
 المغصوب ونحوه) اذا علم المشتري ذلك ، ونحوه المغصوب كالملقى فى
 مكان لا يصل البائع اليه .

(نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا) لان البائع
 لا يتمكن عليه مع تمكن الغير ، بل لا يتمكن كل احد كالشئ الملقى فى البحر
 مثلا (لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل) وقد قال

وربما احتمل امكان المصالحة عليه .

ومن هنا يعلم ان قوله « يعنى المحقق فى النافع » لو باع الآبق منفرد الم يصح ، انما هو مع عدم رضى المشتري ، او مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا .

ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم ، انتهى .

وفيه ما عرفت من الاجماع و لزوم الغرر غير المنفذ بعلم المشتري

تعالى : لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل .

(وربما احتمل امكان المصالحة عليه) لأن مبنى المصالحة على

التسامح ، ولذا لا يشترط فيه ما يشترط فى سائر المعاملات .

(ومن هنا) الذى ذكرنا ان القدرة على التسليم ليست شرطا (يعلم

ان قوله « يعنى المحقق فى النافع » لو باع الآبق منفرد الم يصح ، انما

هو) اى كونه لم يصح (مع عدم رضى المشتري ، او مع عدم علمه) بأنه

آبق ، وعدم الرضى بمعنى كونه مكرها على البيع (او كونه) اى الآبق

(بحيث لا يتمكن منه عرفا) لان البائع فقط لا يتمكن منه ، و « لا يتمكن »

بصيغة المجهول .

(ولو اراد) المحقق (غير ذلك) الذى ذكرناه (فهو غير مسلم ، انتهى) .

(وفيه ما عرفت من الاجماع) على عدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه

(و لزوم الغرر غير المنفذ) ذلك الغرر (بعلم المشتري) فان علم

المشتري بان البائع لا يقدر على التسليم ، لا يرفع الغرر .

وانما الغرر ليس مندفعا

لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه ، الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة ، فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري ، وفيه ما فيه .
ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع ، و انما المقصد الاصلى هو التسلم .

و من هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الاسكانى ، والعلامة وكاشف الرموز ، والشهيدى ، والمحقق الثانى ، و

(لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه) كما ان الشارع نهى عن الربا و لا يؤثر فيه رضا المعطى وعدم رضاه (الا ان يجعل الغرر هنا) فى باب البيع (بمعنى الخديعة ، فيبطل) الغرر « فاعل » المعاملة (فى موضع تحققه) اى الموضع الذى كان فيه خديعة (و هو عند جهل المشتري) اذ عند علمه لا يسمى خديعة (وفيه ما فيه) اذ ليس الغرر بمعنى الخديعة كما قلناه سابقا .

(ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط) اى عند ما نشترط القدرة على التسليم (الا بالتبع) لشرط آخر - هو شرط واقعى - (و انما المقصد الاصلى هو التسلم) اى اخذ المشتري للمال .

(و من هنا) الذى ليس التسليم شرطا بل التسلم (لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة) للبيع (كما عن الاسكانى ، والعلامة وكاشف الرموز ، والشهيدى ، والمحقق الثانى ، و

.....
 عن ظاهر الانتصار : ان صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما
 انفردت به الامامية ، وهو المتجه ، لأن ظاهر معاقد الاجماع بضميمة
 التتبع فى كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر ، وغيره مختص بغير ذلك .
 ومنه يعلم ايضا انه لو لم يقدر احد هما على التحصيل لكن يوثق
 بحصوله فى يد احد هما عند استحقاق المشتري للتسليم ، كما لو اعتاد الطائر
 العود صح ، وفاقا للفاضلين ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، وغيرهم .

نعم عن نهاية الاحكام : احتمال العدم

عن ظاهر الانتصار) للسيد المرتضى (ان صحة بيع الآبق على من يقدر
 على تسلمه مما انفردت به الامامية) فيتبين انه اجماع (و هو) اى كفاية
 القدرة على التسلم (المتجه ، لان ظاهر معاقد الاجماع بضميمة التتبع
 فى كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر ، وغيره) ككونه اكلا للمال بالباطل
 (مختص بغير ذلك) اى غير صورة تمكن المشتري من التسلم ، اذ لو قدر
 المشتري على التسلم لم يكن غرر ، ولا اكل للمال بالباطل .

(ومنه يعلم ايضا) اى مما ذكرنا من عدم اشتراط التسليم (انه لو لم
 يقدر احد هما) البائع او المشتري (على التحصيل) للمتاع (لكن يوثق
 بحصوله فى يد احد هما عند استحقاق المشتري للتسليم ، كما لو) باع
 الطائر فى الهواء فيما لو (اعتاد الطائر العود) بعد ساعة مثلا (صح ، و
 فاقا للفاضلين ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، وغيرهم) اذ لا غرر و
 لا اكل للمال بالباطل ، ولا اجماع على البطلان حينئذ .

(نعم عن نهاية الأحكام : احتمال العدم) اى عدم صحة بيع الطائر

بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم ، وان عود الطائر غير موثوق به ، اذ ليس له عقل باعث .

وفيه ان العادة باعثة كالعقل ، مع ان الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة وكانت مما لا يتسامح فيه ، كسنة او ازيد ففى بطلان البيع ، لظاهر الاجامعات المحكية ، ولثبوت الغرر اوصحته لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا .
ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا

المعتاد للعود (بسبب انتفاء القدرة فى الحال) اى حال البيع (على التسليم ، وان عود الطائر غير موثوق به ، اذ ليس له) اى للطائر (عقل باعث) على العود حتى يعتمد على عقله .

(وفيه ان العادة باعثة) على العود (كالعقل) الذى هو باعث على العود (مع ان الكلام على تقدير الوثوق) فقوله « غير موثوق به » خارج عن مفروض المسألة (و لو لم يقدر) البائع و المشتري (على التحصيل) للبيع (و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة) حيث يمكن التحصيل بعد ذلك المدة (و كانت) تلك المدة (مما لا يتسامح فيه ، كسنة او ازيد) مثلا ففى بطلان البيع لظاهر الاجامعات المحكية على عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه (ولثبوت الغرر) عرفا (اوصحته للاطلاقات وعدم تمامية وجهى البطلان ، من الاجماع و الغرر) لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا .

(و لذا حكم مدعيه) اى مدعى الاجماع (بالصحة هنا) فى صورة

.....

والغرر منقضى مع العلم بوجوب الصبر عليه الى انقضاء مدة كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة ، وجهان ، بل قولان ، تردد فيهما فى الشرائع ، ثم قوى الصحة ، وتبعه فى محكى السرائر ، والمسالك ، والكفاية وغيرها .

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة .

ولو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة ، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ، وفى الصحة اشكال ، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين .

التمكن بعد مدة (والغرر منقضى مع العلم) من المشتري (بوجوب الصبر عليه) أى على تسلم المتاع (الى انقضاء مدة) كسنة مثلا (كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة) فانه لا غرر (وجهان ، بل قولان) خبره ما تقدم من قوله « فى بطلان البيع » (تردد فيهما فى الشرائع ، ثم قوى الصحة ، وتبعه فى محكى السرائر ، والمسالك ، والكفاية ، وغيرها) .

(نعم) اذا قلنا بالصحة كان (للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة) امام العلم فلا ، اذ هو اقدم على ذلك .

(ولو كان مدة التعذر) أى تعذر التسليم (غير مضبوطة عادة ، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها) سنة او اكثر او اقل (وفى الصحة) أى صحة البيع (اشكال ، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء) لأنه لا يعلم فى كم مدة تنقضى الاقراء الثلاثة بخلاف المعتدة بالاشهر ، لانها فى سن من تحيض ولا تحيض .

وانما اشكلوا فى ذلك (لجهالة وقت تسليم العين) وفى المقام

وقد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف للوقف المنقطع .
 ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين ، لأن الغرر لا يندفع
 بمجرد القدرة الواقعية .
 ولو باع ما يعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع و تجدد ها
 بعد ذلك ، صح ، لأن المناط القدرة و لو لم يتجدد بطل .
 والمعتبر هو الوثوق

ايضا كذلك .

ومن انه لا يعد غررا ، حيث يعلم المشتري بذلك ، لكن الاشكال لما
 كان اقرب فى نظر المصنف لم يتعرض الى وجه الصحة .
 (وقد تقدم بعض الكلام فيه) اى فى صورة جهالة المدة (فى بيع
 الواقف للوقف المنقطع) فراجع .
 (ثم ان الشرط) اى شرط القدرة على التسليم (وهى القدرة
 المعلومة للمتبايعين ، لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية) التى
 يجهلها المتعاقدان .
 (ولو باع ما يعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع) اى كان
 عاجزا ، وكان عجزه فى نفس زمان البيع ، لا انه حدث العجز بعد ذلك
 (و تجدد ها) اى القدرة (بعد ذلك ، صح) لأن المناط القدرة وقت
 التسليم وهى حاصلة (و لو لم يتجدد) القدرة (بطل) لأنه بيع ما لا يقدر
 على تسليمه ، وزعمه انه قادر لا يصحح الشرط الواقعى المفقود .
 (والمعتبر) فى صحة البيع بالاضافة الى القدرة الواقعية (هو الوثوق)

فلايكفى مطلق الظن ، ولا يعتبر اليقين •

ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد ، اذا كان مالكا ، لا ما اذا كان
وكيلا فى مجرد العقد ، فانه لاعبرة بقدرته كما لاعبرة بعلمه •

واما لو كان وكيلافى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل اجنبيا عن
هذه المعاملة ، فلا اشكال فى كفاية قدرته •

و هل يكفى قدرة الموكل ؟ الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك اذا علم

بالقدرة على التسليم (فلايكفى مطلق الظن) لأن الظن لا يوجب رفع اسم
الغرض (ولا يعتبر اليقين) اذ يرفع الغرض العرفى بالوثوق ، فلا يحتاج الى
ازيد من ذلك •

(ثم لا اشكال فى) اشتراط (اعتبار قدرة العاقد ، اذا كان) العاقد
(مالكا ، لا ما اذا كان وكيلافى مجرد العقد ، فانه لاعبرة بقدرته كما لاعبرة
بعلمه) بخصوصيات المبيع •

اذ هو آلة محض ، و الأدلة المشترطة للعلم و القدرة منصرفة عن
مثل الآلة ، كما انه كذلك فى باب النكاح و الاجارة وغيرهما •

(و اما لو كان وكيلافى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل اجنبيا عن
هذه المعاملة) كالوكيل المفوض الذى هو يبيع و يشتري بدون علم
الموكل اصلا ، و انما بوكالة له للوكيل فحسب (فلا اشكال فى كفاية قدرته)
لأنه المنصرف من الأدلة حيث ان عمل الوكيل هنا هو عمل الأصل •

(و هل تكفى قدرة الموكل) بدون قدرة الوكيل المفوض (الظاهر
نعم مع علم المشتري بذلك) بأن الموكل قادر (اذا علم

• بعجز العاقد

فان اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك •

وريماقيد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشتري بتسليم الوكيل ورضى

المالك برجوع المشتري عليه •

• بعجز العاقد

وانما قلنا بعلم المشتري بقدرة الموكل ، لما تقدم من ان الشرط هو

القدرة المعلومة لا القدرة الواقعية •

وانما قلنا باشتراط العلم بعجز العاقد - وهذا شرط لعلم المشتري

بأن الموكل قادر - يعنى ان المشتري اذا علم بأن العاقد عاجز ، وان

الموكل قادر ، كفى فى رفع الغرر ، اذ المعيار قدرة واقعية على التسليم ،

وعلم المشتري بتلك القدرة الواقعية ، وكلا الأمرين حاصلان •

(فان اعتقد) المشتري (قدرته) اى الموكل على التسليم (لم يشترط

علمه بذلك) اى بعجز القاصد ، اذ تكفى الاعتقاد بالقدرة ، مع وجود

القدرة الواقعية ، وكلاهما حاصل •

(وريماقيد) والمقيد العلامة الطباطبائى كما حكى (الحكم بالكفاية)

اى بكفاية قدرة الموكل ، مضافا الى ان الحكم مقيد بعلم المشتري (بما

اذا رضى المشتري بتسليم الوكيل) فقدرة الموكل مشروطة بثلاثة امور :

الأول : علم المشتري •

والثانى : رضى المشتري بتسليم الوكيل •

(و) الثالث : (رضى المالك برجوع المشتري عليه) اى على المالك •

و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى ، لأن التسليم
المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة .
وقدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها ، وحصل التراضى بها
حال البيع لأن بيع المأذون لا يكفى فيه قدرة الآذن مطلقا بل مع
الشرط المذكور ،

(و فرع على ذلك) التقييد المذكور (رجحان الحكم بالبطلان) اى
بطلان المعاملة (فى الفضولى ، لأن التسليم المعتبر من العاقد غير
ممكن قبل الاجازة) من المالك .

فان التسليم الذى يعتبره الشارع تسليما ، هو التسليم المقارن
لرضى المالك ، والعاقد الفضولى لا يتمكن من هذا التسليم قبل ان
يجيز المالك العقد .

(و) ان قلت : للمالك قدرة على التسليم .

قلت : القدرة وحدها لا تكفى فى الصحة ، اذ (قدرة المالك انما تؤثر)
فى صحة العقد (لو بنى العقد عليها) بأن عقد اعتمادا على قدرة المالك
(وحصل التراضى بها) اى بتلك القدرة (حال البيع) وليس الفضولى كذلك .

و الحاصل ان الشرط الثالث مفقود فى الفضولى (لأن بيع المأذون)
اى الوكيل — مثلا — (لا يكفى فيه) اى فى كون ذلك البيع صحيحا (قدرة
الآذن مطلقا) سواء بنى العقد على تلك القدرة ، ام لا (بل مع الشرط
المذكور) اى مبنيا على قدرة المالك .

فان الانسان الوكيل قد يبيع مال الموكل باعتبار انه وكيل عنه ، و

و هو غير متحقق فى الفضولى .

و البناء على القدرة الواقعية باطل ، اذ الشرط هى القدرة المعلومة دون الواقعية ، الى ان قال : و الحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد ، و بعد ها ان وجدت لم تنفع .

بالبناء على قدرة المالك ، و قد يبيع مال الموكل باعتبار كونه غاصبا ، بمعنى انه لا يريد اعطاء الثمن للمالك ، و انما يقصد ان الثمن مال نفسه ، و ان الثمن عائد الى كيس نفسه - كالوكيل اذ انوى الغصب - (و هو) اى اشتراط رضى المالك برجع المشتري اليه (غير متحقق فى الفضولى) اذ المالك لم يجوز البيع فكيف يرضى برجع المشتري اليه ؟ و اذ ارضى بالبيع خرج عن كونه فضوليا .

(و) ان قلت : تكفى فى صحة الفضولى القدرة الواقعية للمالك .

قلت : (البناء على القدرة الواقعية باطل ، اذ الشرط) لصحة المعاملة (هى القدرة المعلومة) للمشتري المبني عليها البيع (دون) القدرة (الواقعية ، الى ان قال : و الحاصل ان القدرة) على التسليم (قبل الاجازة لم توجد) .

اذ المعتبر القدرة المبني عليها المبيع ، و هذه القدرة تتوقف على رضى المالك ، فاذا لم يحصل رضى المالك لم تكن قدرة على التسليم : (التسليم المثمر) فان التسليم بدون رضى المالك لم يكن تسليما مثمرا شرعا (و بعد ها) اى بعد الاجازة (ان وجدت) القدرة (لم تنفع) لأن القدرة معتبرة حين العقد لا بعد العقد .

ثم قال : لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولى بارضاء المالك وانه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، لان هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع .
غاية الأمر حصوله بالفحوى ، وشاهد الحال ، وهما من انواع الاذن

(ثم قال : لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولى بارضاء المالك ، وانه) اى المالك (لا يخرج عن رأيه فيتحقق له) اى للفضولى (بذلك) اى بسبب هذا الوثوق (القدرة على التسليم حال العقد) فليس قدرة بعد العقد — كى تقولوا انها لا تنفع — .

لأننا نقول : صورة الوثوق ليست فضوليا وكلامنا فى الفضولى (لان هذا الفرض) اى فرض وثوق الفضولى (يخرج الفضولى عن كونه فضوليا) وانما يخرج (لمصاحبة الاذن للبيع) وكلاما صاحب البيع الاذن من المالك لم يكن فضوليا .

(غاية الأمر) ليس اذنا صريحا ، بل (حصوله بالفحوى) و (ب) شاهد الحال ، وهما) اى الفحوى وشاهد الحال (من انواع الاذن)
و المراد من الفحوى : ما يظهر من الكلام بقرائن لفظية ، التى منها الأولوية المستفادة من الكلام ، مثلا « لا تقل لهما أف » تدل دلالة لفظية باللزوم العرفى على « لا تضربهما »

و المراد بشاهد الحال القرائن العقلية الموجودة عند التكلم ، او

ما اشبه .

مثلا : شاهد الحال يدل على ان الصديق لا يمنع من دخول

.....
 فلا تكون فضوليا ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولوسلمنا بقاءه على الصفة
 فمعلوم ان القائلين بصحته الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض
 وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ، ثم فى تفريع الفضولى ، ثم فى
 الاعتراض الذى ذكره ، ثم فى الجواب عنه اولا وثانيا تأمل ، بل نظر ،

الصديق فى داره وان لم يكن هناك كلام (فلا تكون) المعاملة (فضوليا)
 لأنها ما لا اذن فيها (ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولوسلمنا بقاءه) اى
 الفضولية (فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولى لا يقصرون الحكم) بصحة
 الفضولى (على هذا الفرض) اى فرض الوثوق برضى المالك .

وعلى هذا يلزم بطلان الفضولى فى صورة عدم الوثوق برضى المالك
 وعلى الأول يلزم بطلان كل فضولى - لعدم القدرة على التسليم -

مع ان المشهور قائلون بصحة الفضولى مطلقا .

(وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى) اى عدم كفاية قدرة المالك
 الموكل على التسليم واعتبار رضى المشتري بتسليمه فى كفاية قدرته (ثم
 فى تفريع الفضولى) اى لو كانت قدرة الوكيل على التسليم معتبرة ، فيلزم
 بطلان الفضولى (ثم فى الاعتراض الذى ذكره) بقوله : لا يقال (ثم فى
 الجواب عنه اولا) بقوله : لأن هذا الفرض الخ (وثانيا) بقوله : ولوسلمنا
 (تأمل ، بل نظر)

اما الاول : فلأن المعتبر فى الفضولى قدرة المالك على التسليم
 ولو مجردة عن التراضى ، لعدم دليل على هذا التقييد وشمول
 العمومات وارتفاع الغرر .

واما التفريع عليه فلأن اعتبار القدرة في الوكيل لا يلزم اعتبارها في الفضولى ، لأن العاقد الوكيل كالأصيل بخلاف الفضولى •
واما في الاعتراض فلأنه مبنى على صحة المبنى ، وقد عرفت الاشكال فيه •

واما في الجواب الأول فلأن الوثوق بالرضا لا يخرج المعاملة عن كونها فضولية ، كما تقدم الكلام فيه في مبحث الفضولى •
واما في الجواب الثانى فلأنه موقوف على المبنى وقد عرفت الاشكال فيه (فتدبر)

اذ بعض الاشكالات التى اورد ها على القائل ليس بوارد •
مثلا : التلازم بين الوكيل العاقد والفضولى حاصل بل الأولوية
فلأنه اذا بطل معاملة الوكيل المفوض مع انه وكيل ، فالأولى بطلان معاملة
الفضولى •

مسئلة

لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا ، كما فى التذكرة ، بل اجماعا كما عن الخلاف ، والغنية ، والرياض ، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ، ومع احتماله بيع غرر منفى اجماعا ، نصا وفتوى ، خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله الاسكافى - حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري ، او يضمنه البائع انتهى ، و

(مسألة : لا يجوز بيع) العبد (الآبق منفردا) بأن يبيعه بدون ضم ضميمة (على المشهور بين علمائنا ، كما فى التذكرة ، بل اجماعا كما عن الخلاف ، والغنية ، والرياض ، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز) لا يخفى ان مقتضى التدرج الى الأقوى تقديم « بلا خلاف » عن « اجماعا » (لأنه مع اليأس عن الظفر) بالعبد الآبق يكون (بمنزلة التالف) فأكل المال فى مقابله اكل بالباطل (ومع احتماله) اى احتمال الظفر (بيع غرر ، منفى) اى لا يصح بيع الغرر (اجماعا نصا وفتوى) ولو قال « نصا وفتوى اجماعا » لعله كان اليق (خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله الاسكافى - حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري) و ان لم يقدر عليه البائع (او يضمنه البائع) بأنه ان لم يقدر على تسليمه رد الثمن الى المشتري ، ومعنى هذا صحة البيع فى الجملة (انتهى ، و

قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى ايضاح النافع : منع اشتراط القدرة على التسليم .

وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فى باب العتق خصوصاً مع تقييد الاسكان بصورة ضمان البائع ، فانه يندفع به الغرر عرفاً لكن سيأتى ما فيه .
فالعدة الانتفاع بعتقه ، وله وجه لولا النص الآتى ، والاجتماعات المتقدمة .

قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى ايضاح النافع : منع اشتراط القدرة على التسليم (فى مطلق المعاملات ، وعليه فبيع الآبق لا بأس به فى نظره .)
وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فى باب العتق) وهو انتفاع عظيم مرغوب فيه .
لكن يمكن ان يستشكل فيه بأنه لو صح — بناءً على امكان العتق — للزم ان يقال : بأنه لا يلزم العلم بخصوصيات العبد ايضاً ، لا مكان الانتفاع بالمجهول فى باب العتق ، ولا يقول بذلك أحد (خصوصاً) نقول بصحة بيع الآبق (مع تقييد الاسكان بصورة ضمان البائع ، فانه يندفع به الغرر عرفاً) واذ لا غرر ، صح البيع (لكن سيأتى ما فيه) اى فى اندفاع الغرر بالضمان .

(فالعدة) فى وجه الجواز — لو قيل به — (الانتفاع بعتقه ، وله وجه) وجيه (لولا النص الآتى ، والاجتماعات المتقدمة) هذا اولاً .

مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجها عن الغرر .
وكما لا يجوز جعله مثنى لا يجوز جعله منفردا ثمنا ، لا اشتراكها فى
الأدلة .

وقد تردد فى اللعنة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثنى
ان قرب أخيرا المنع منفردا .
ولعل الوجه الاستناد فى المنع عن جعله مثنى الى النص و
الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالتمن دون

(مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات) كالعبد الآبق للعتق فقط
دون سائر الانتفاعات الكثيرة التى يكون العبد قابلا لها (لا يخرجها عن
الغرر) والالجاز كل بيع غررى لأنه قابل لبعض الانتفاعات .
(و) لا يخفى انه (كما لا يجوز جعله) أى الآبق (مثنى) كذلك لا يجوز
جعله منفردا ثمنا ، لا اشتراكهما فى الأدلة)

والفرق ان العبد قد يعتبر مثنى ، فيقال : بعثك هذا العبد
بدينار ، وقد يعتبر ثمنا ، فيقال : بعثك هذه الدار بهذا العبد ، و
العلامة دخول الباء .

(وقد تردد فى اللعنة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثنى و
ان قرب أخيرا المنع منفردا) . أى منع بيع منفردا بدون ضمنية .
(ولعل الوجه) أى وجه ترديده فى الثمن (الاستناد فى المنع عن
جعله مثنى الى النص والاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالتمن) فيبقى
الثمن بلا مانع ، فيشمله دليل صحة جعل كل مال ثمنا (دون) استناده

.....

نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق .

ويؤيده حكمه بجواز بيع الضال والمجروح ، مع خفاء الفرق بينهما

وبين الآبق فى عدم القدرة على التسليم .

الى (نفى الغرر) اى ان الشهيد لا يستدل على منع جعل الآبق مثمنا بنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (الممكن منعه) حتى فى المثلن .

وانما يمكن منعه (ب) سبب (جواز الانتفاع به فى العتق)

والحاصل : انه استند الى النص والاجماع ، وهما ظاهران فى

المثلن ، ولم يستند الى دليل نفى الغرر ، حتى يقال : ان الغرر منفى فى المثلن فكيف بالمثلن ؟ وتكون النتيجة جواز جعل الآبق ثمنا .

(ويؤيده) اى انه استند الى النص والاجماع فى المنع عن جعله

مثمنا ، لا الى نفى الغرر (حكمه) اى الشهيد (بجواز بيع الضال والمجروح

الذى جرده الغاصب ، فليس للمالك قدرة عليه (مع خفاء الفرق بينهما)

اى الضال والمجروح (وبين الآبق فى عدم القدرة على التسليم) فلو

كان دليله فى نفى الغرر للزم القول بعدم الجواز فى الضال والمجروح

ايضا .

ثم ان المصنف قال « مع خفاء » ولم يقل « مع عدم الفرق »

ولعل وجهه ان الآبق منتقل فيصعب الوصول اليه ، بخلاف الضال

فانه اسهل من حيث الوصول اليه ، والمجروح يمكن الوصول اليه

بسهولة بندم الجاحد ، بخلاف الآبق فانه غالبا لا يرجع ، فتأمل .

ونظير ذلك مافى التذكرة حيث ادعى اولا : الاجماع على اشتراط
القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر .
ثم قال : والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا الى ان
قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز ، وحكاه عن بعض العامة ايضا ، ثم
ذكر الضال ولم يحتمل فيه الاجواز البيع منفردا ، واشترطه الضميمة
فان

(ونظير ذلك) اى نظير مافى اللمعة من الفرق بين بيع الآبق ، و
بيع الضال مع خفاء الفرق .
وانما كان كلام التذكرة مثل كلام اللمعة لأنه فى بيع الآبق اقتصى
بالبطلان ، وفى بيع الضال تردد ، ونقل فيه قولين (مافى التذكرة
حيث ادعى اولا : الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم)
وانما يشترط القدرة (ليخرج البيع عن كونه بيع غرر) اذ ما لا قدرة
للانسان على تسليمه يكون بيعه غرريا .
(ثم قال : والمشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا)
بدون ضمّ ضميمة (الى ان قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز ، وحكاه)
اى الجواز (عن بعض العامة ايضا ، ثم ذكر الضال) وانه هل يجوز
بيعه ، ام لا ؟ (ولم يحتمل فيه الاجواز البيع منفردا ، واشترطه
الضميمة) اى يحتمل ان يجوز بيعه منفردا ، ويحتمل ان يجوز بيعه مع
الضميمة .

وانما قلنا : كلام التذكرة نظير كلام اللمعة فى خفاء الفرق (فان

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر .

والتوجيه يحتاج الى تأمل .

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث) .

الفقرة الأولى : دعوى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم .

و الفقرة الثانية : وقوع النزاع فى انه هل يصح بيع الآبق منفردا ، ام لا ؟

و الفقرة الثالثة : ترده فى جواز بيع الضال منفردا (ظاهر) اذ لو

كانت القدرة شرطا اجماعا ، فكيف اختلف الأصحاب فى بيع الآبق ؟ وكيف

ترده هو فى بيع الضال ؟ مع انه لا قدرة فيهما .

ثم كيف فرق بين الآبق و الضال بجعل المشهور عدم جواز بيع

الآبق ، وجعل بيع الضال مورد تردد .

(و التوجيه يحتاج الى تأمل) .

اذ يمكن ان يقال : لاتنافى بين ادعاء الاجماع على اشتراط القدرة

(وهى الكبرى) وبين الاختلاف فى بيع الآبق و ترده فى بيع الضال

(وهى الصغرى) و ذلك للاشكال فى كون المثالين من مصاديق الكبرى .

اذ المراد ببعض العلماء المجوزين لبيع الآبق (الاسكافى) و ذلك

اجاز فى صورة ضمان البائع ، فلا غرر .

و الاجماع على القدرة انما كان لأجل انه بدونها غرر .

واما ترده فى الضال فلأن المستند للمجمعين يمكن ان يكون نهى

النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر ، وفى بيع الضال لا غرر - لما تقدم

فى كلام اللعة من الفرق بين الآبق و الضال - .

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه؟ فيعتبر فيه القدرة على التسليم، وجهان، بل قولان، من عموماً الصلح، وما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته بل مطلقاً واختصاص الغرر المنفى بالبيع .

ومن هذا ظهر زيف التنافي الثاني الذي اشرنا اليه بقولنا : « ثم كيف فرق الخ » وذلك لأنك قد عرفت الفرق بين الآبق والضال، فتأمل .
(وكيف كان فهل يلحق بالبيع) في اعتبار القدرة على التسليم (الصلح عما يتعذر تسليمه) كما لو صالح عن عبده الآبق (فيعتبر فيه القدرة على التسليم) ام لا يلحق بالبيع، فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم (وجهان، بل قولان) .

وجه عدم الاعتبار (من عموماً الصلح، وما علم من التوسع فيه) فان مبنى الصلح على التساهل والتسامح (لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته) .

كما اذا علم زيدان لعمرى على ذمته حقاً، ولكنه لم يعلم ان حقه حق ملك، او حق تحجير، او حق دعوى في مسألة قضاء، او غيرها، فانه يصح لزيدان يصالح عمروا عن حق عمرو عليه، بدينار مثلاً (بل مطلقاً) حتى اذا لم يتعذر، ولا يتعسر معرفة المصالح عنه .

(و) ان قلت : دليل لا غرر، يشمل الصلح ايضاً .

قلت : الظاهر (اختصاص الغرر المنفى بالبيع) اذ الحديث نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، هذا هو وجه عدم اعتبار القدرة

ومن ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع ، حتى انهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالاجارة ، والمزارعة ، والمساقات ، والجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح .

وظاهر المسالك فى مسألة رهن مالا يقدر على تسليمه

فى باب الصلح .

(و) اما وجه اعتبار القدرة (من ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع ، حتى انهم يستدلون به) اى بأن الغرر موجب للبطلان (فى غير المعاوضات كالوكالة) فاذا كانت الوكالة غررية كانت باطلة ، كما لو قال : وكلت فى القيام بشأن مجهول من شئونى (فضلا عن المعاوضات كالاجارة ، والمزارعة ، والمساقات ، والجعالة) فاللازم ان يكون الصلح ايضا كذلك ، اذا كان غرريا يكون باطلا (بل قد يرسل فى كلماتهم) والخبر مذكور فى مستدرک الوسائل (عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الاساطين) التفصيل ب (جريان الاشتراط) اى اشتراط عدم الغرر (فيما لم يبين على المسامحة من الصلح) فالصلح المبنى على المسامحة لا غرر فيه ، والصلح غير المبنى على المسامحة فيه الغرر .

(و ظاهر المسالك فى مسألة رهن مالا يقدر على تسليمه) كرهن

على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه .
واما الضال والمجود ، والمغصوب ، ونحوها مما لا يقدر على
تسليمه ، فالأقوى فيها عدم الجواز ، وفاقا لجماعة ، للغرر المنفى المعتضد
بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم ، الا ان يوهن بتردد
مدعيه - كالعلامة فى التذكرة - فى صحة بيع الضال منفردا او يمنع
الغرر خصوصا فيما يرا دعتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع

الآبق (على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن) .

اما على القول باشتراط القبض فى الرهن فلا يصح مطلقا لأن
شرط القبض مفقود (جواز الصلح عليه) بأن يقوم الصلح مقام الرهن ، و
حيث ان الرهن الغررى لا يصح ، نجعل مكان الرهن الصلح ، لان الصلح
الغررى لا بأس به ، هذا تمام الكلام فى بيع الآبق الذى عنوانا المسألة به .
(واما الضال والمجود ، والمغصوب ، ونحوها) كالمدفون فى
مكان مجهول (مما لا يقدر على تسليمه ، فالأقوى فيها عدم الجواز) اى عدم
جواز بيعها (وفاقا لجماعة) من الفقهاء (للغرر المنفى المعتضد) دليل
نفى الغرر (بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم ، الا ان
يوهن) الاجماع (بتردد مدعيه - كالعلامة فى التذكرة - فى صحة بيع
الضال منفردا) .

واذا كان الأمر اجماعا كيف يتردد عليه (ويمنع الغرر خصوصا فيما
يراد عتقه) بأن كان الضال عبدا مثلا و اراد المشتري ان يعتقه (بكون
المبيع قبل القبض مضمونا على البائع) .

.....

وامافوات منفعته مدة رجاء الظفر به ،فهو ضرر قد اقدم عليه .
وجهاالته غير مضرة ،مع امكان العلم بتلك المدة ،كضالة يعلم انها
لولم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك

فانه لا يخلو الأمر عن ثلاثة لأنه اما ان يجد الضال فورا ، او بعد مدة
او لا يجد اصلا .

اما اذا وجده - بعد العقد فورا - فلا غرر .
واما اذا لم يجده فالتلف قبل القبض من مال مالكة فلا غرر ايضا على
المشتري .

واما اذا وجده بعد مدة ، فان فوائده فى تلك المدة وان خسرها
المشتري لكنه هو الذى اقدم على هذه الخسارة والانسان اذا اقدم
على الضرر ، لم يكن ينفيه دليل : لاضرر .
والى هذا أشار بقوله :

(وامافوات منفعته) اى منفعة المبيع (مدة رجاء الظفر به ،فهو ضرر
قد اقدم عليه) المشتري .

(و) ان قلت : لانقول بالبطلان من جهة الضرر حتى تقولوا ، انه
بنفسه قد اقدم على هذا الضرر ، بل انما بطل من حيث الجهالة بتلك المدة .
قلت : (جهالته) اى جهالة ذلك الضرر (غير مضرة ، مع امكان العلم
بتلك المدة ، كضالة يعلم انها لولم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد
ذلك) فان المدة وان كانت مجهولة ، لكنها آتلة الى العلم ، ولا دليل
على بطلان مثل هذه الجهالة ، وانما الجهالة الموجبة للبطلان الجهالة

وكذا فى المصوب والمنهوب .

والحاصل : انه لاغرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف

المقتضى لانفساخ البيع من اصله .

وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم الثمن

فانه لاخطر حينئذ فى البيع خصوصام العلم بمدة الرجاء التى يفوت

الانتفاع بالبيع فيها ، هذا .

المطلقة (وكذا) الكلام (فى) بيع (المصوب والمنهوب) فيصح بيعها .

(والحاصل : انه لاغرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم

التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله) .

فمع وجدانه لاغرر، ومع عدم الوجدان يبطل البيع ، فلاغرر ايضا .

(و) ان قلت : الثمن يبقى مدة عند البائع ، حتى يتبين البطلان و

هذا ضرر على المشتري .

قلت : هذا غير صحيح بعد (فرض عدم تسلط البائع على مطالبته)

اى مطالبة المشتري (بالثمن) وانما لا يحق له المطالبة (لعدم تسليم

الثمن) اذ لا يحق لكل من الطرفين تسليم ما بيده الا مقارنا لتسليم الاخر

ما عنده) فانه لاخطر حينئذ فى البيع خصوصام العلم بمدة الرجاء التى

يفوت الانتفاع بالبيع فيها) اى فى تلك المدة ، وهذا عبارة اخرى عما

ذكره بقوله «مع امكان العلم بتلك المدة الخ» (هذا) غاية ما يقال فى

صحة بيع الضال ونحوه .

وليكن يدفع جميع ما ذكر ان المنفى فى حديث الغرر— كما تقدم
— هو ما كان غررا فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية
الثابتة للبيع .

ولذا قوينافىما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره
شرعا بالتسليم .

و

(وليكن يدفع جميع ما ذكره) من الاستدلال لصحة البيع (ان
المنفى فى حديث الغرر— كما تقدم—) تفسير الحديث (هو ما كان غررا
فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع) كوجوب
التسليم ونحوه .

(ولذا) الذى ذكرنا من « قطع النظر عن الأحكام الخ » (قوينافى
فىما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم)
كالصرف والسلم ،

فان بعضا قالوا ، لا غرر فى الصرف والسلم ، لأنه قبل التسليم—
لا يتحقق البيع ، وبعد التسليم لا غرر .

فأجبنا عنهم بأن المناط الصدق العرفى ، والعرف يرى وجود الغرر
قبل التسليم ، وان التسليم من الأحكام الشرعية ، فالبيع غرر ، وكلما كان
غرريا ، كان باطلا .

(و) نقول : بمثل ذلك فى باب الضال والمجهود ، فانه وان كان
المبيع قبل القبض فى ضمان البائع لما ورد من ان التلف قبل القبض من

من المعلوم : ان بيع الضال وشبهه ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع بل يحكمون - بعد ملاحظة اعدام المشتري على شرائه - بكون تلفه منه فى الانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا .

و مما ذكر يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم . فان تسلم قبل مدة لا يفوت

مال مالكة ، الا ان هذا من الأحكام الشرعية ، و الا فالعرف يرى وقوع البيع و ان البيع غررى ، فيشملة دليل : نفى الغرر .

اذ (من المعلوم : ان بيع الضال وشبهه) كالمجود (ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع) بل هذا حكم شرعى (بل يحكمون بعد ملاحظة اعدام المشتري على شرائه) اى شراء الضال - مثلا - (بكون تلفه منه) اى من المشتري (فى الانفساخ ب) سبب (التلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا) فلا ربط له برفع الغرر كما هو بيع غررى ، كبيع الضال ، وعليه فيشملة دليل : نفى الغرر .

(و مما ذكر) من انه بيع غررى عرفا ، فيشملة دليل نفى الغرر (يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم) . و اراد القائل بهذا رفع الضرر عن المشتري ، لأنه ان سلم لاضرر و لا غرر فالبيع صحيح ، و ان لم يسلم حيث كان الضرر و الغرر كان البيع باطلا .

(فان تسلم) المشتري المتاع (قبل مدة) مديدة بحيث (لا يفوت

الانتفاع المعتد به والاتخير بين الفسخ والامضاء، كما استقر به فى
اللمعة، فان ثبوت الخيار يحكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض
فيه العجز عن تسلّم المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفافى البيع
المبطل له لكن قدمرت المناقشة فى ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل
هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للمبيع

الانتفاع المعتد به) كان البيع صحيحا (والاتخير بين الفسخ والامضاء)
فان فسخ فلا بيع، وان امضى فقد اقدم هو على ضرر نفسه، والانسان
لو اقدم على ضرر نفسه لم يشمله دليل : لاضرر ولا ضرار (كما استقر به فى
اللمعة) اى قال الأقرب الحكم بصحة البيع مراعى .

وانما لا يجدى هذا الكلام من اللمعة (فان ثبوت الخيار حكم شرعى
عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه) اى فى ذلك البيع الصحيح
(العجز عن تسلّم) المشتري (المبيع) يعنى اذا لم يكن البيع غرريا ثبت
فيه الخيار فيما اذا عجز المشتري على تسلّم المبيع (فلا يندفع به) اى
بالخيار (الغرر الثابت عرفافى البيع المبطل) ذلك الغرر (له) اى لذلك
البيع .

هذا و (لكن قدمرت المناقشة فى ذلك) اى فى كون ان نفى الغرر
بالنسبة الى ما كان غررافى نفسه عرفافى قطع النظر عن الأحكام الشرعية
(بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا) الغرر العرفى (بعد اطلاعهم على
الحكم الشرعى اللاحق للمبيع) .

فان المبيع بأحكامه الشرعية اللاحقة له اما غرر او ليس بغرر، لان

من ضمانه قبل العلم، ومن عدم التسلط على مطالبة الثمن فانهم .
 ولو فرض اخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على
 ان يكون له الخيار اذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة أيام، امكن
 جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا .

المبيع مجردا عن الأحكام الشرعية اما غرر و اما ليس بغرر (من ضمانه
 قبل العلم، ومن عدم التسلط على مطالبة الثمن) « من » بيان « الحكم
 الشرعي » اي ان العرف يرى انه هل يضمن شرعا المبيع قبل التسليم ؟
 فان كان مضمونا على البائع، لا يرى انه غرر، وان لم يكن مضمونا يرى انه
 غرر، وكذلك يرى العرف هل انه يسلط المشتري على المطالبة فهو غرر،
 او لا يسلط فهو غرر (فانهم) فان العرف يرى الغرر وان عرف الحكم
 الشرعي .

و حيث ان الظاهر من ادلة نفي الغرر، الغرر العرفي، فليس
 المناط فيه الغرر الشرعي، كسائر الموضوعات التي علق عليها الأحكام
 اثباتا ونفيا .

(ولو فرض اخذ المتبايعين لهذا الخيار) اي خيار الفسخ اذا لم
 يسلم البائع المبيع في مدة لا يفوت الانتفاع المعتبر به (في متن العقد،
 فباعه على ان يكون له) اي للمشتري (الخيار اذا لم يحصل المبيع في
 يده الى ثلاثة أيام، امكن جوازه) اي جواز البيع (لعدم الغرر حينئذ) اي
 حين هذا الشرط (عرفا) اذا المشتري يعلم انه اما ان يحصل بيده المال
 خلال الثلاثة او يبقى ثمنه كما كان .

ولذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوف بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد .

ولعله لهذا اختار فى محكى المختلف تبعاً للاسكافى - جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع ، فان الظاهر منه اشتراط ضمانه .
وعن حاشية الشهيد ظهور الميل اليه و

(ولذا) الذى ذكرنا بأنه لا غرر عرفاً (لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوف بالصفات المعينة) الرافعة للغرر عرفاً (من بيع الغرر) وان احتمل عدم وجود تلك الصفات فى المبيع (لان ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه) اى الوصف (فيه) اى فى البيع .

فلان فرق بين ان يقول : بعثك الدابة ، بشرط أن تكون بيضاء سميئة ، او ان يقول : بعثك الدابة البيضاء السميئة (الموجب) ذلك الاشتراط (للتسلط على الرد) اذا لم يجد المشتري الوصف كما قال البائع .

(ولعله لهذا) الذى ذكرنا من انه لا غرر عرفاً اذا جعل المشتري الخيار لنفسه لمدة معينة (اختار فى محكى المختلف - تبعاً للاسكافى - جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع) بأن قال : ان جاء فلك ، وان لم يجرى فأنت لست مسئولاً واناضاً من له (فان الظاهر منه) اى من هذا الكلام الذى ذكره المختلف والاسكافى (اشتراط ضمانه) اى ان البائع يشترط ضمان نفسه فيما اذا لم يأت الآبق .

(وعن حاشية الشهيد ظهور الميل اليه) اى الى كلام المختلف (و

.....
 ان كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل .

ان كان قد يرد على هذا) الكلام الذى ذكره المختلف (عدم اندفاع
 الغرر باشتراط الضمان) اذ الغرر أمر عرفى وهو صادق هنا (فتأمل)
 حيث ان الغرر انما يكون اذا كان الثمن فى الخطر، ولا خطر فى
 مقام الاشتراط .

مسئلة

يجوز بيع الآبق مع الضميمة فى الجملة كما عن الانتصار، وكشف
الرموز، والتفتيح، بل بلاخلاف كما عن الخلاف حاكيافيه كما عن الانتصار
اطباق العامة على خلافه .

وظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا حيث حكى
احتجاج العامة بالغرر فانكره مع الضميمة، وفيه اشكال .
والأولى لنا التمسك قبل الاجماع المحكية المعتضة بمخالفة من
جعل الرشد فى مخالفتهم

(مسألة : يجوز بيع الآبق مع الضميمة فى الجملة) فى مقابل السلب
الكلى (كما عن الانتصار، وكشف الرموز، والتفتيح، بل بلاخلاف كما عن
الخلاف) لشيخ الطائفة (حاكيافيه) أى فى الخلاف (كما حكى ايضا) عن
الانتصار (للسيد المرتضى) (اطلاق العامة على خلافه) وانه لا يجوز بيع
الآبق .

(و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا) فليس هذا
استثناء عن عدم جواز بيع الغرر، وانما هو تخصص (حيث حكى) الانتصار
(احتجاج العامة) لعدم الجواز (بالغرر) وانه بيع غررى (فانكره) أى
كونه غررا اذا كان المبيع الآبق (مع الضميمة، وفيه) أى فى كلام الانتصار
(اشكال) لأنه غرر عرفا - فهو من باب التخصيص، لا من باب التخصص .
(والأولى لنا التمسك قبل الاجماع المحكية المعتضة بمخالفة
من جعل الرشد فى مخالفتهم) من العامة و « جعل » بصيغة المجهول

.....
 بصحيحة رفاة النخاس قال : قلت : لأبى الحسن عليه السلام ، أ يصلح
 ان اشترى من القوم الجارية الآبقة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها انا ؟
 قال عليه السلام : لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم ثوبا او متاعا ، فتقول
 لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهم ، فان ذلك
 جائز ، و موثقة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل قد يشتري
 العبد و هو آبق عن اهله ، قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه
 شيئا ، فيقول اشترى منك هذا الشئ و عبدك بكذا و كذا درهم ، فان لم
 يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه .

اشارة الى قوله عليه السلام : خذ ما خالف العامة فان الرشد فى خلافهم
 (بصحيحة رفاة النخاس) بالخاء المعجمة ، و هو بائع العبيد (قال :
 قلت : لأبى الحسن عليه السلام ، ا يصلح ان اشترى من القوم الجارية
 الآبقة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها) اى الجارية (انا) كيما اجد ها و اردها
 من الاباق (قال عليه السلام : لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم ثوبا
 او متاعا) معها (فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا
 و كذا درهم ، فان ذلك) البيع لها مع الضميمة (جائز ، و موثقة سماعة عن
 ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله
 قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا) آخر (فيقول اشترى
 منك هذا الشئ و عبدك بكذا و كذا درهم) فانه يصح (فان لم يقدر على
 العبد كان الذى نقده فيما) اى فى مقابل ما (اشترى معه) فلا يذهب
 ثمنه هباءا .

و ظاهر السؤال فى الأولى .

و الجواب فى الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان وهو الظاهر
ايضاً من معاهد الاجماعات المنقولة .

فالمأبوس — عادة — من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله
جزءاً من المبيع، لأن بذل جزء من الثمن فى مقابله لو لم يكن سفهاً او
اكلاً للمال بالباطل، لجاز جعله ثمناً يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله

(و ظاهر السؤال فى) الرواية (الأولى) حيث قال « و اطلبها انا » .

(و الجواب فى) الرواية (الثانية) حيث قال عليه السلام : « فان لم
يقدر » (الاختصاص) لجواز البيع مع الضميمة (بصورة رجاء الوجدان و
هو الظاهر ايضاً من معاهد الاجماعات المنقولة) اذ لو لا رجاء الوجدان لم
يكن وجه لطلبها ، و لا وجه لقوله عليه السلام : فان لم يقدر ، فانك لا تقول
ان لم تقدر على تحريك هذا الجبل ، و انما تقول « ان » اذا كان محتملاً
للأمرين .

(فالمأبوس — عادة — من الظفر به الملحق بالتالف) عرفاً (لا يجوز
جعله جزءاً من المبيع) .

و انما لا يجوز (لأن بذل) المشتري (جزء من الثمن فى مقابله) اى
مقابل الآبق المأبوس منه (لو لم يكن سفهاً) و المعاملة السفهائية باطلة
(او اكلاً للمال بالباطل) فيشملة قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل (لجاز جعله ثمناً) اى جعل ذلك الجزء (يباع به) اى بهذا
الجزء الآبق (مستقلاً) اذا (فالمانع عن استقلاله

.....
 بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع ، للنهي عن الغرر السليم عن المخصص .
 نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط ، ونحوه وايضا
 الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها ،

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع) و ذلك (للنهي عن الغرر السليم عن
 المخصص) .

لكن ربما يقال : ان كان الاستدلال بالحديث فلا دلالة فيه اذ
 ما ذكر من الدلالة ضعيف للغاية و ان كان ربما يلتفت اليه بعد الالفاظ ،
 والغرر لو كان موجبا لم يكن فرق بين البيع مستقلا وتبعيا ، وكثيرا ما
 لا يجوز بيع الشيء مستقلا ويجوز تبعيا ، كما لو جهل مقدار الجزء وعلم
 مقدار الكل ، او جهل ثمن الجزء وعلم ثمن الكل ، فانه لا يصح بيع الجزء
 ويصح بيع الكل .

(نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط ، ونحوه) علي
 نحو الشرط الذي ذكرنا في المسألة السابقة انه يجوز بيع الآبق وحده
 مع الشرط - لأنه ليس بغرر - .

والمراد بنحو الشرط جعل مدة الظفر بالآبق محل انصباب العقد
 فقد يقول اشترى منك الثوب والآبق « المأبوس عن وجدانه » بشرط انه
 اذا لم اجد له فلى الفسخ ، وقد يقول اشترى منك العبد الذي اجد له الى
 مدة كذا (وايضا) كما استظهرنا رجاء الوجدان ، في صحة بيع الآبق مع
 الضميمة (الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها) فيصح حينئذ بيع
 العبد الآبق مع الضميمة .

واما صحة بيعها منفردة ، فلا يظهر من الرواية ، ولا يكفى ضم المنفعة الا اذا فهمنا من قوله : فان لم يقدر ، الى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن ، فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال او كناية عن نقل مال او حق عليه مع الآبق ، لتلايخلو الثمن عن المقابل ،

(و اما صحة بيعها) اى الضميمة (منفردة ، فلا يظهر من الرواية ، و لا يكفى ضم المنفعة) الى الآبق ، كأن يقول : بعثك الآبق و منفعة هذه الدار سنة بكذا دينار ، اذ المنفعة لا يصح بيعها مجردة ، فان البيع مبادلة مال بمال ، وقد تقدم ان المال هو العين ، لا المنفعة (الا اذا فهمنا من قوله : فان لم يقدر ، الى آخر الرواية تعليل الحكم) بالجواز مع الضميمة (بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن) سواء يصح بيع الضميمة منفردة — كالعين — ام لا ، كالمنفعة (فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال) فان الامام عليه السلام : انما قال لفظ « الاشتراء » بالنسبة الى الضميمة باعتبار كون « ما يشتري » مقابلا للثمن ، لا باعتبار لزوم صدق « الاشتراء » حتى يوجب خروج مثل « المنفعة » مما لا يصح شرائه (او ان لفظ « الاشتراء » فى الرواية (كناية عن نقل مال او حق عليه) اى على البائع ، اى جعل حق للمشتري على نفسه ، نقلا) مع الآبق ، لتلايخلو الثمن عن المقابل (البيع سبب للنقل ، و الكناية ذكر السبب و ارادة المسبب ، فقد ذكر الامام عليه السلام بيع الثوب و اراد مطلق النقل ، لأن النقل مسبب عن البيع ، و الفرق بين « المثال » و « الكناية » ان فى الكناية يلزم السببية و المسببية ، وليس كذلك المثال .

فتأمل .

ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشتري الا انه لو بقى على اباقة وصار فى حكم التالف لم يرجع على البائع بشئ وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قبله من الثمن ، فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن

فلو قال اكرم زيداً - واراد العالم ، لا خصوص زيد - كان زيد مثالا ، لا كناية ، اذ ليس زيد سببا لسائر العلماء ، بخلاف ما لو قال : بع الثوب ، و اراد نقله بأى وجه كان ، لا خصوص البيع - فانه يصلح ان يكون كناية اذ البيع سبب النقل ، فالقائل جعله كناية عن مطلق النقل (فتأمل) فانه كيف نحمل الشراء على العموم - كناية او مثالا - و ظاهر اللفظ يأباهما .
ولا دليل من الخارج على ارادة الاعم .

(ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشتري) اذا اشتراه مع الضميمة (الا انه لو بقى على اباقة وصار فى حكم التالف) كان لم يعلم اين هو؟ ومضت مدة طويلة (لم يرجع على البائع بشئ) لأن المشتري هو الذى اقدم على مثل هذا المال ، وقد اجازه الشارع (وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قبله من الثمن) .

فان القاعدة تقول : التلف قبل القبض من مال مالكة (ان) وصلية اى انا نقول بالقاعدة المذكورة ، الا فى هذا المقام (فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر) المشتري (على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن) بأن كان الثمن كلا فى مقابل الضميمة فقط ، فليس الآبق مبيعا

ليكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق فى يده كما يوهمه
ظاهر المحكى عن كاشف الرموز، من ان الآبق مادام آبقاً، ليس مبيعاً فى
الحقيقة ولا جزء مبيع، مع انه ذكر بعد ذلك ما يدل على ارادة ما ذكرنا،
بل معناها انه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذى هو فى حكم التلف
الموجب للرجوع بما يقابله التالف

اصلاً (ليكون) تفريع على كون المعاوضة بين الضميمة فقط و الثمن
(المعاوضة على المجموع) الآبق و الضميمة (مراعاة) و معلقة (لحصول
الآبق فى يده) اى يد المشتري، فان حصل الآبق فى يد المشتري كان
الثمن بازاء المجموع و ان لم يحصل كان الثمن بازاء الضميمة فقط (كما
يوهمه) اى كون المعاوضة مراعاة (ظاهر المحكى عن كاشف الرموز) .
و حاصل كلام كاشف الرموز (من ان الآبق مادام آبقاً، ليس مبيعاً فى
الحقيقة ولا جزء مبيع) .

و انما ننفى هذا الكلام، لأن الظاهر من بيع الآبق مع الضميمة ان
الآبق جزء، سواء تمكن المشتري عليه، ام لا (مع انه) اى كاشف الرموز
(ذكر بعد ذلك) اى بعد هذا الكلام (ما يدل على ارادة ما ذكرنا) من انه
صار ملكاً للمشتري فان بقى على اباقة لم يرجع المشتري على البائع
بشئ جزماً، لقاعدة «التلف قبل القبض من مال مالكة» (بل معناها)
اى معنى الرواية (انه لا يرجع المشتري ب) سبب (تعذر الآبق) التعذر
(الذى هو فى حكم التلف) التلف (الموجب للرجوع) الى البائع، اذا
تلف الثمن قبل القبض (بما) اى بمقدار من الثمن (يقابله التالف) الضمير

بما يقابله من الثمن .

ولو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري اشكال .

ولو تلفت الضميمة قبل القبض ، فان كان بعد حصول الآبق في اليد

فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة ،

عائد الى « ما » و « بما » متعلق ب « الرجوع » (بما يقابله من الثمن) متعلق

ب « لا يرجع » اى لا يرجع المشتري « بما يقابل التالف من الثمن » وان كان

مقتضى القاعدة « الرجوع بما يقابله التالف » .

(ولو تلف) الآبق (قبل اليأس) من الظفر به (ففي ذهابه على

المشتري اشكال) بل يحتمل ان يكون ذاهبا على البائع لقاعدة : التالف

قبل القبض من مال ماله .

وانما نحتمل هذا ، لأنه ان كان تلف بعد اليأس ، كان ذاهبا من

كيس المشتري قطعاً ، حيث ان المشتري هو الذى أقدم على ذلك ، اما

اذا تلف قبل اليأس ، فالمشتري لم يقدم على ذلك ، فتشمله قاعدة : التالف

قبل القبض .

(ولو تلفت الضميمة قبل القبض) كمالو باع الآبق وكتائبه تلف

الكتاب قبل ان يقبضه (فان كان) تلف الضميمة (بعد حصول الآبق في

اليدين) بان حصل المشتري على العبيد ثم تلف الكتاب عند البائع (فالظاهر

الرجوع) اى رجوع المشتري (بما قابله الضميمة) اى بالمقدار من الثمن

الذى يقابل الكتاب .

فان كان الثمن مائة ومقابل الكتاب عشرة رجع المشتري الى البائع

.....
 لا مجموع الثمن ، لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقا لا بعد الحصول
 فى اليد ، وكذا لو كان بعد اتلاف المشتري له مع العجز عن التسلم كما
 لو ارسل اليه طعاما مسموما لأنه بمنزلة القبض .
 وان كان قبله ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعا للضميمة .

بعشرة فقط (لا مجموع الثمن) فلا يحق للمشتري ان يقول للبائع اعطنى
 كل المائة .

وانما يتوهم حقه فى الرجوع الى كل الثمن بحجة ان الآبق ليس
 مقابلا للثمن ، وانما مقابل الثمن الكتاب فقط ، فاذا تلف الكتاب كان
 للمشتري ان يأخذ كل الثمن .

وانما نرد هذا التوهم (لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقا
 لا بعد الحصول فى اليد) فاذا حصل الآبق فى اليد وزع عليه الثمن فيكون
 تسعون من الثمن فى مقابل العبد ، وعشرة فى مقابل الكتاب ، فاذا تلف
 الكتاب كان للمشتري حق الرجوع الى عشرة فقط (وكذا) لا يرجع المشتري
 الى مجموع الثمن لو تلف الضميمة (لو كان) تلف الضميمة (بعد اتلاف
 المشتري له) اى للآبق (مع العجز عن التسلم) اى تسلم الآبق (كما لو
 ارسل) المشتري (اليه) اى الى العبد (طعاما مسموما) فقتله (لأنه) اى
 اتلافه (بمنزلة القبض) فان المتلف ضامن .

(وان كان) تلف الضميمة (قبله) اى قبل الحصول الا بق فى اليد
 (ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعا للضميمة) لأن المصحح لبيع الآبق
 هو الضميمة ، فاذا فسدت الضميمة بتلفها من ملك البائع ، انفسخ بيع

او بقاءه بمقابلته من الثمن وجهان ، من ان العقد على الضميمة اذا صار كأن لم تكن تبعه العقد على الآبق لأنه كان سبباً في صحته .
 ومن انه كان تابعاً له في الحدوث فساداً اذا تحقق تملك المشتري له ، فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً ، هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه ، وبين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء

الآبق ، لأنه صار بدون ضميمة (او بقاءه) اي بيع الآبق (بمقابلته من الثمن) كالتسعين في المثال (وجهان) .
 وجه الانفساخ (من ان العقد على الضميمة اذا صار كأن لم تكن) بسبب تلفه قبل القبض (تبعه العقد على الآبق) في الانفساخ (لأنه) اي البيع على الضميمة (كان سبباً في صحته) اي في صحة بيع الآبق .
 (و) وجه عدم الانفساخ (من انه) اي الآبق (كان تابعاً له) اي لبيع الضميمة (في الحدوث فساداً اذا تحقق تملك المشتري له) اي الضميمة اي انه اذا تحقق تملك المشتري للضميمة ، كان بيع الآبق تابعاً له في الحدوث (فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً) وذلك فيما اذا تلف قبل القبض (هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه) اي بين الضميمة - و تذكير الضمير باعتبار (المتاع) مثلاً - (وبين ما يخصه من الثمن) كالعشرة في المثال ، وعليه فلا يبطل البيع بالنسبة الى الآبق (لا الحكم الآخر) اي عدم صحة البيع بالنسبة الى الآبق (الذي كان ذلك الحكم الآخر (يتبعه) اي يتبع الضميمة (في الابتداء) حتى يقال

.....
 لكن ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا ، ولا يوضع
 له شئ منه ابدأ على تقدير عدم الظفر به .
 ومن هنا ظهر حكم مالوفرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط ،
 لاشتراط خيار يخص بها .

انه كما اذا لم تكن الضميمة فى الابتداء كان بيع الآبق باطلا ، كذلك اذا
 لم تكن الضميمة بعد ذلك بأن تلفت الضميمة .
 (لكن) الظاهر انه لو تلف الكتاب كان للمشتري الحق فى ان يسترجع
 كل الثمن .
 اذ (ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا ، ولا يوضع)
 اى لا يطرح (له) اى للابق (شئ منه) اى من الثمن (ابدأ على تقدير
 عدم الظفر به) اى بالآبق .
 وعليه فاذا كان الثمن كله فى مقابل الكتاب و تلف الكتاب ، كان
 للمشتري الرجوع فى المائة دينار كله ، لافى العشرة فقط .
 (ومن هنا) الذى ذكرنا حكم تلف الضميمة قبل القبض (ظهر حكم
 مالوفرض فسخ العقد) — لا الانفساخ بسبب تلف الضميمة ، كما كان هو
 الفرع السابق — (من جهة الضميمة فقط ، لاشتراط خيار يخص بها) اى
 بالضميمة .

كما لو قال : اشتريت منك الآبق و الكتاب بمأة ، ولى خيار فسخ
 الكتاب ، ثم فسخ الكتاب ، فان فيه احتمالين :
 احتمال انفساخ كل العقد ، او العقد بالنسبة الى الكتاب فقط .

.....

نعم لو عقد على الضميمة فضولا ولم يجز مالها ، انفسخ العقد بالنسبة الى المجموع .

ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا اما بعد القدرة عليه وقبلها كان له الرجوع بارشه كذا قيل .

(نعم لو عقد) البائع (على الضميمة فضولا) بأن باع زيد عبدا لآبق وكتاب عمرو بمائة و (لم يجز مالها ، انفسخ العقد بالنسبة الى المجموع) لأن العقد بالنسبة الى المجموع لم يتحقق اصلا ، وعقد الآبق فقط لا يصح .

(ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا) على العقد (اما بعد القدرة عليه) اي على الآبق (او قبلها) اي قبل القدرة (كان له الرجوع بارشه) اي ارش العيب (كذا قيل) .

مسئلة

المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا ، فلو باع بحكم احدهما بطل اجماعا ، كما عن الخلاف ، والتذكرة ، و اتفاقا ، كما عن الروضة ، و حاشية الفقيه للسلطان ، و فى السرائر ، فى مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله بان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل ، بلاخلاف بين المسلمين ، و الأصل فى ذلك حديث : نفى الغرر المشهور بين المسلمين . و يؤيده التعليل فى رواية حماد بن ميسرة عن

(مسألة : المعروف) بين الفقهاء (انه يشترط العلم بالثمن قدرا) كأن يعلمان الثمن عشرة او مائة مثلا (فلو باع) البائع المتاع (بحكم احدهما) كأن قال : بعثك الكتاب بأى مقدار شئت انا ، او شئت انت (بطل) البيع (اجماعا ، كما عن الخلاف ، و التذكرة ، و اتفاقا ، كما عن الروضة ، و حاشية) من لا يحضره (الفقيه للسلطان ، و) قال ابن ادريس (فى السرائر ، فى مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله) اى انه قال : بأن البيع باطل (ب) سبب (ان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل ، بلاخلاف بين المسلمين ، و الأصل فى ذلك) اى ان الدليل فى وجه البطلان (حديث : نفى الغرر ، المشهور بين المسلمين) اذ البيع المجهول ثمنه غرر قطعاً ، و النهى الوارد فى الحديث يستفاد منه الوضع لا التكليف .

(و يؤيده) اى البطلان (التعليل فى رواية حماد بن ميسرة عن

جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم .

لكن في صحيحة رفاعة النخاس ما ظاهره المناقاة قال سألت
اباعبد الله عليه السلام ، فقلت له : ساومت رجلا بجارة له فباعنيها بحكمي
فقبضتها منه ، ثم بعثت اليه بألف درهم ، فقلت له : هذه الف درهم
حكمي ، عليك ان تقبلها فأبى ان يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل ان
ابعث اليه بألف درهم ، فقال عليه السلام : ارى ان تقوم

جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم) اذا الدينار والدرهم - في ازمة
الروايات - كانا يختلفان نسبة ، فربما كان قيمة الدرهم عشر قيمة الدينار
و ربما اقل او اكثر .

(لكن في صحيحة رفاعة النخاس ما ظاهره المناقاة) و انه يصح البيع
اذا اوكل الثمن بحكم احد المتبايعين (قال سألت ابا عبد الله عليه
السلام فقلت له : ساومت رجلا بجارة له) بأن اشترى الجارية منه
(فباعنيها بحكمي) اي بقيمة اعينها أنا (فقبضتها) اي الجارية (منه) اي
من الرجل (ثم بعثت اليه بألف درهم ، فقلت له : هذه الف درهم
حكمي ، عليك ان تقبلها فأبى ان يقبلها مني) لان قيمتها كان في نظر
البائع اكثر من الألف (وقد كنت مستتها) وطئت الجارية (قبل ان
ابعث اليه بألف درهم) فماذا اصنع ؟ (فقال عليه السلام : ارى ان تقوم

الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة ، وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت : ارأيت ان اصبت بهاعيبا بعد ان مستها قال : ليس عليك ان تردها عليه و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها

الجارية بقيمة عادلة) هى قيمة مثلها فى العرف (فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه) كما لو كان الف وخمسائة مثلاً (كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة) بأن تعطيه الخمسائة زيادة على الألف (وان كان قيمتها اقل) كما لو كان ستمائة مثلاً (مما بعثت اليه) كالألف فى المثال (فهو له) يحتمل ان يكون المراد من ((فهو)) الأقل .

و يحتمل ان يراد الألف .

اما الأول : فلأنه القيمة العادلة .

واما الثانى : فلانه المقدار الذى قصده المشتري ، و قد علق الامر على قصده فهو اللازم لا الاقل (قال قلت : ارأيت) اخبرنى (ان اصبت بهاعيبا بعد ان مستها) فهل لى ان اردها ؟ و استرجع الألف؟ (قال ليس عليك) اى ليس لك (ان تردها عليه) لان الوطى يمنع الرد (و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب) اى الأرض ، فلو كانت قيمة الصحيحة الفا و المعيبة ثمانمائة ، فله ان يسترد مأتين (لكن التأويل فيها متعين)

و انما يجب التأويل (لمنافاة ظاهرها) اى ظاهر لزوم القيمة العادلة

لصحة البيع وفساده .

فلايتوهم جواز التمسك بها للصحة هذا البيع ، اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص .
نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد

و ظاهر انه لا يحق له ردها بالعيب (لصحة البيع وفساده) اى ان هذه الرواية ظاهرها ينافى كون البيع صحيحا ، و ينافى كون البيع فاسدا .
اما انه ينافى كون البيع صحيحا ، لانه ان كان صحيحا لم يكن وجه للقيمة العادلة ، اذ معنى الصحة كون اللزوم القيمة المسماة لا المثل ، و ان كان فاسدا لم يكن وجه لعدم تمكن المشتري من ارجاع الجارية حال كونها معيبة لانه ان كان البيع فاسدا كان المشتري قد وطى جارية الغير فعليه ان يردها ويرد اجرة الوطى .

(فلايتوهم جواز التمسك بها) اى بهذه الرواية (لصحة هذا البيع) اى البيع الذى يكون مجهول الثمن (اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص) بل اللزوم للقيمة المسماة - وهى القيمة التى علقت على ارادة المشتري ، وقد اراد اعطاء الألف - .

(نعم هي) الرواية (محتاجة الى ازيد من هذا التأويل) الذى ذكرناه فى حال فرض كون البيع صحيحا (بناء على القول بالفساد)
اذ : بناء على الصحة يمكن توجيه الرواية بان الثمن اذا كان بنظر احدهما جاز .

.....
 بان يراد من قوله ((باعنيها بحكمى)) قطع المساومة على ان اقومها على نفسى
 بقيمتها العادلة فى نظرى حيث ان رفاة كان نخاسا يبيع ويشترى الرقيق
 فقومها رفاة على نفسه بألف درهم ، اما معاطاة و اما مع انشاء الايجاب
 وكالة ، و القبول اصالة ، فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك ،
 لظهور غبن له فى البيع و ان رفاة مخطئ فى القيمة

اما بناء على الفساد ، لا يمكن توجيه الرواية بانه كيف لم يجوز له
 الامام عليه السلام ارجاع الجارية فى صورة العيب ؟ مضافا الى ان الفساد
 مخالف لقوله : ((باعنيها)) وقوله : ((لو لم يقبلها)) وقوله : ((ان كان
 قيمتها اكثر فعليك ان ترد)) (بأن يراد) هذا متعلق بقوله ((التأويل
 فيها متعين)) او قوله ((ازيد من هذا التأويل)) - فان مفاد العبارتين
 واحد - (من قوله ((باعنيها بحكمى)) قطع المساومة) و القرار بينى وبين
 البائع (على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة فى نظرى) بان وكله
 فى المعاملة ، لان البائع اجرى المصاملة .

و من المعلوم : ان الموكل لا تلزم معرفته بمقدار الثمن فيما اذا
 كان الوكيل مغوضا (حيث ان رفاة كان نخاسا) النخاس هو الذى
 (يبيع و يشتري الرقيق) اى العبيد (فقومها رفاة على نفسه بألف درهم
 اما معاطاة) بان لم يجر الايجاب و القبول (و اما مع انشاء الايجاب
 وكالة) عن صاحب الجارية (و القبول اصالة) عن نفسه (فلما مسها و بعث
 الدراهم) الالف (لم يقبلها) اى الدراهم (المالك ، لظهور غبن له)
 اى للمالك (فى البيع ، و ان رفاة مخطئ فى القيمة) اذا المنصرف من

او لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به .

وقوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكثر ، فعليك ان ترد ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد امساك الجارية حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية ، فيسقط خياره ببذل التفاوت

امثال هذه الوكالات التقويم بالقيمة العادلة ، لقيمة اعتبارية .

(او) لم يقبلها المالك - لالتخطئة رفاة في القيمة - بل (لثبوت خيار الحيوان) الشامل للحيوان الانسى ايضا (للبائع على القول به) اى بوجود خيار الحيوان في العبيد ايضا .

(و) ان قلت : اذا كان الرد من باب الخيار ، بأن فسخ المالك المعاملة فكيف قال الامام عليه السلام ((عليك ان ترد ما نقص)) ؟ اذ : مع الفسخ لا بيع ، فلا يكلف المشتري برد الناقص ؟

قلت : (قوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكثر ، فعليك ان ترد ما نقص) لا ينافي الفسخ بالخيار ، لانه (اما ان يراد به) اى بوجوب رد الناقص (لزوم ذلك) الرد (عليه) اى على المالك (من باب ارضاء المالك اذا اراد) المشتري (امساك الجارية)

وانما يمسك المشتري الجارية بعد فسخ المعاملة ، ورجوعها الى المالك (حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية ، فيسقط خياره) اى المالك (ببذل التفاوت) بين القيمة الواقعية ، و بين القيمة التى عينها المشتري .

فالمعنى انك ايها المشتري اسقط خيار البائع بسبب اعطائه التفاوت

.....

واما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصار ام ولد وتعين عليه قيمتها اذا فسخ البائع .

وقد يحمل على صورة تلف الجارية .

وينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها انتهى .

وكيف كان فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري ، وانصراف الثمن

فمعنى « عليك ان ترد » ان ذلك عليك اذا اراد البائع الفسخ ، وارتد انت ارضا المالك لئلا يفسخ .

(واما ان يحمل على حصول الحبل) فى الجارية (بعد المس) لان

المشتري وطئها (فصار ام ولد وتعين عليه قيمتها اذا فسخ البائع)

كما لو اشترى جارية وكان للبائع خيار الفسخ ، فانه لو احبلها

المشتري لم يكن للبائع اخذها اذا فسخ البيع ، بل اللازم ان يأخذ

القيمة اذا فسخ ، لان ام الولد لا تنتقل .

(وقد يحمل) حملا ثالثا - اى قوله عليك ان ترد - (على صورة تلف

الجارية) فان ذا الخيار اذا فسخ المعاملة ، وقد تلف قبل ذلك المتاع ،

كان لذى الخيار اخذ القيمة .

(و) لكن هذا الحمل غير تام .

اذ (ينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها انتهى) اذ ظاهر

هذه الفقرة وجود الجارية حية .

(وكيف كان فالحكم بصحة البيع) الذى كان ثمنه معلقا (بحكم

المشتري ، وانصراف الثمن) - فى مثل هذا البيع

الى القيمة السوقية لهذه الرواية - كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف
واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعته و يكون للمشتري الخيار .

و يردّه ان البيع فى نفسه اذا كان غررافه باطل ، فلا يجبره الخيار

(الى القيمة السوقية) فلا يحق للمشتري ان يحكم باقل ، ولا حق للبائع
ان يريد الاكثر ،

فالحكم بالصحة (لهذه الرواية - كما حكى عن ظاهر الحدائق)
الفتوى به (ضعيف) لما عرفت من انها مخالفة للنص والفتوى .
(واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعته) سابقا .

كما لو باع البائع من هذا الجنس بسعر خاص لجماعة من الناس ،
فيقول للمشتري : بعتك بمثل السعر الذى بعته به قبلا ، فيما اذا لم
يعلم المشتري ذلك السعر ، اما اذا علم فلا اشكال فى الصحة .
و يحتمل ان يكون المراد بـ « (بعته) » الثانى « (اشتريت) » أى ابيعك
بالسعر الذى اشتريته بذلك السعر (ويكون للمشتري) اذا علم الثمن
(الخيار) فى الفسخ والامضاء ، و كأنه جعل الخيار قدرا كالحسارة
المشتري و ندمه اذا رأى الثمن غاليا .

(و يردّه ان البيع فى نفسه اذا كان غررافه باطل ، فلا يجبره
الخيار) بالاضافة الى ان الخيار يحتاج الى دليل ، وهو مفقود فى
المقام .

.....
 واما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن
 حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الاسكافى فى مسألة القدرة على
 التسليم .

(و) ان قلت: فكيف تقولون ب صحة البيع فيما اذا لم يره المشتري؟ و
 اشتراه بالاوصاف، فانه ايضا غرر، لكنه يجبر بخيار الرؤية .
 قلت: (اما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه) يكون (بمنزلة
 اشتراطها) اى اشتراط تلك الاوصاف (المانع) ذلك الاشتراط (عن
 حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الاسكافى فى مسألة القدرة على
 التسليم) فلا يكون هناك غرر، بخلاف المقام .
 فصحة البيع هناك وجبره بخيار الرؤية لا توجب القول بصحة البيع
 هنا -

مسئلة

العلم بقدر المثلث شرط باجماع علمائنا كما عن التذكرة، و
عن الغنية العقد على المجهول باطل بلاخلاف، وعن الخلاف : ما
يباع كيلافلا يصح بيعه جزافا وان شوهده ، اجماعا ، وفي السرائر : ما يباع
وزنا فلا يباع كيلا بلاخلاف .

والاصل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور وفي خصوص الكيل
والوزن خصوص الاخبار المعتبرة منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى
من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم

(مسألة العلم بقدر المثلث) كيلا ، او وزنا ، او عدا ، او ذرا ، او
ما اشبه (ك) العلم بقدر (المثلث شرط) في صحة البيع (باجماع علمائنا
كما عن التذكرة ، وعن الغنية العقد على المجهول) المقدار (باطل
بلاخلاف ، وعن الخلاف) لشيخ الطائفة (ما يباع كيلافلا يصح بيعه
جزافا) بلاكيل (وان شوهده ، اجماعا ، وفي السرائر : ما يباع وزنا فلا يباع
كيلا بلاخلاف) و مراده ما اذا لم يكن الكيل طريقا الى الوزن ودليلا عليه
(والاصل في ذلك) اى الدليل على اعتبار العلم بقدر المثلث
(ما تقدم من النبوى المشهور) نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر
الشامل للزوم العلم بالمثلث كيلا ، وزنا موعدا ، وغيرها (وفي خصوص
الكيل والوزن) لاسائر خصوصيات المثلث (خصوص الاخبار المعتبرة منها
صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا) هو وعاء من
القطن ، او شبهه (بكيل معلوم) بأن كان ذلك العدل كيلا معلوما

فى اشتراط العلم بقدر المثلث

ثم ان صاحبه قال للمشتري: ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل، فان فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعته، قال عليه السلام: لا يصلح الا بكيل، قال عليه السلام، و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام.

وفى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة.

والايراد على دلالة الصحيحة بالاجمال او باشتمالها على خلاف

المشهور من عدم تصديق البائع

(ثم ان صاحبه) اى البائع (قال للمشتري: ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل، فان فيه) اى فى هذا العدل (مثل ما فى الآخر الذى ابتعته) اى اشتريته (قال عليه السلام: لا يصلح الا بكيل)

ثم (قال عليه السلام، و) كل (ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة) بلا معرفة القدر (هذا) البيع بدون العلم بالكيل (مما يكره من بيع الطعام)

و المراد بالكراهة: التحريم، لانها تستعمل فيه لغة وعرفا وان كان فى اصطلاح المتشعبة يغلب استعمالها فى الكراهة مقابل التحريم.

(وفى رواية الفقيه) قال عليه السلام: (فلا يصح بيعه مجازفة) و

هذا اصرح من ذلك.

(و الايراد على دلالة الصحيحة بالاجمال) لانه لا يعلم انه هل

المراد ب ((سميت فيه كيلا)) ما من شأنه يكال، او ما سمي البائع فيها لكيل

(او باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع) والحال

غير وجيه لان الظاهر من قوله : سميت فيه كيلا : انه يذكر فيه الكيل
فهى كناية عن كونه مكيلا فى العادة .

اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذا لك الظاهر فى
التنوع مع انه ليس من الطعام مالا يكال ، ولا يوزن الا فى مثل الزرع قائما
يبعد ارادة هذا المعنى فتأمل .

واما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول

ان البائع مصدق فيما يقول ، لانه ذو اليد .

فهذا الايراد (غير وجيه ، لان الظاهر من قوله : سميت فيه كيلا ،
انه يذكر فيه الكيل) اى انه من الامور المكيلة (فهى) اى عبارة الامام
عليه السلام (كناية عن كونه مكيلا فى العادة) فلا جمال فيه .

(اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذا لك) اى مكيلا
(الظاهر فى التنوع) وان الطعام على نوعين نوع يذكر فيه الكيل و
نوع لا يذكر فيه الكيل (مع انه ليس من الطعام مالا يكال ، ولا يوزن الا
فى مثل الزرع) كالنعناع ، والكراث ، وما اشبههما (قائما ، يبعد ارادة
هذا المعنى) اى كونه مكيلا ، بل المراد التسمية فيما يصح بيعه بلا كيل
فلاتكون الرواية دليلا على مسألتنا (فتأمل) اذ كون الطعام اما مكيلا او
موزنا يوجب حمل ((سميت)) على التوضيح لا التنوع فيكون الوصف من
قبيل ((ولا طائر يطير بجناحيه)) فتكون الرواية دليلا لاشترط الكيل فى
المكيلات .

(واما الحكم بعدم تصديق البائع) وانه خلاف المشهور (فمحمول

.....
على شرائه سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم يطمئن بتصديقه ، لا شرائه
على انه القدر المعين الذى اخبر به البائع فان هذا لا يصدق عليه
الجزاف .

قال فى التذكرة لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا
وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد او نقص لم
يجز .

واما نسبته الكراهة الى

على شرائه) ذلك العدل (سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم يطمئن
المشتري (بتصديقه ، لا) انه محمول على (شرائه على انه القدر المعين
الذى اخبر به البائع)

وانما تحمل الرواية على ذلك المعنى لا هذا المعنى (فان هذا) اى
لو اشترى باعتبار القدر المعين (لا يصدق عليه الجزاف)

فتسمية الامام اياه مجازفة شاهدة على ارادة الحمل الاول - اى على
شرائه سواء زاد او نقص - ويدل على كفاية الشراء بكلام البائع كلمات
الفقهاء .

(قال فى التذكرة لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح
عندنا) وان لم يكمل الآن .

(وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن) دون ان يكون البيع
لذلك القدر ، بل (سواء زاد او نقص لم يجز) لانه مجهول وغرر .
(واما نسبته) اى لامام عليه السلام فى الرواية السابقة (الكراهة الى

هذا البيع ، فليس فيه ظهور فى معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح فى الفساد .

وفى الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سألته عن شراء الطعام وما يكال و يوزن بغير كيل ولا وزن ، فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل او وزن تشتري منه مراوحة ، فلا بأس ان اشتريته منه ، و لم تكله او لم تنزه اذا اخذه المشتري الاول بكيل او وزن و قلت له عند البيع انى اربحك كذا وكذا ، ودلالاتها اوضح من الاولى

هذا البيع ، فليس) مضرا بما نقوله من البطلان .

اذ : ليس (فيه) اى فى لفظ الكراهة (ظهور فى معنى المصطلح)
فى كلام المتشعبة ، فى المرجوح ، (يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح) فى الرواية (فى الفساد) حتى يقال : بأنه يجمع بين اللفظين يكون مثل هذا البيع مكرها .

(و فى الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سألته عن شراء الطعام وما يكال و يوزن) فيما اذا اشترى (بغير كيل ولا وزن فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل او وزن ، تشتري قبل ذلك (منه مراوحة) بأن فتعطيه ثمنا اكثر من الثمن الذى اشتراه بذلك الثمن ، كما لو اشترى الطعام بثمانين فتعطيه مائة (فلا بأس ان اشتريته منه ، و لم تكله او لم تنزه اذا اخذه المشتري الاول) اى البائع لك ، او البائع للبائع - مثلا - (بكيل او وزن ، و قلت له) اى للبائع (عند البيع انى اربحك كذا وكذا ، ودلالاتها اوضح من الاولى)

و رواية ابان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لابی عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه واخذناه بكيلاه قال عليه السلام : لا بأس ، قلت : ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال عليه السلام : اما انت فلاتبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتري .

وفحوى رواية أبى العطار وفيها : قلت فاخرج الكر ، والكرين

اذ مفهوم الحديث : انه اذا لم يكن كيل او وزن ففيه البأس وظاهر البأس البطلان ، اذ هو المنصرف من اللفظ عند الاطلاق فى باب المعاملات .

(و رواية ابان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لابی عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه واخذناه بكيلاه) بدون ان نكيله من جديد (قال عليه السلام : لا بأس ، قلت : ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال عليه السلام : اما انت فلا تبعه حتى تكيله)

فان هذه الرواية (دلت على عدم جواز البيع بغير كيل ، الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتري)

والظاهر من ((امانت الخ)) الكراهة ، وجهها ان المشتري لا يعلم كون كلام البائع صادقا قطعا ، ولذا ينبغى له الاحتياط فى عدم البيع حتى يكيله هو ليأمن من تبعات المعاملة .

(وفحوى رواية أبى العطار ، وفيها : قلت فاخرج الكر ، والكرين)

.....
 فيقول الرجل اعطنيه بكيلك ، فقال عليه السلام : اذا ائتمنتك فلا بأس به
 ومرسلة ابن بكير عن رجل سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل
 يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل ، فقال : اما ان يأخذ
 كله بتصديقه ، واما ان يكيّله كله ، فان المنع من التبعض المستفاد منه
 ارشادى محمول على انه ان صدقه فلاحاجة الى كلفة كيل البعض ، و الا
 فلا يجزى كيل البعض .

الكر كيل خاص يعادل الفاو مأتا رطل بالعراقي ، كما فى باب ماء الكر
 (فيقول الرجل) المشتري (اعطنيه بكيلك) الذى كلت انت بدون حاجة
 الى كيل جديد (فقال عليه السلام : اذا ائتمنتك) فى قولك : انه كذا كرا
 (فلا بأس به) فان مفهومه البأس فى صورة عدم الائتمان فكيف بصورة
 عدم الكيل اصلاً بأن يبيعه جزافاً (ومرسلة ابن بكير عن رجل سئلت
 ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ
 البقية بغير كيل) هل يجوز ذلك ، ام لا ؟ (فقال : اما ان يأخذ كله
 بتصديقه) بدون كيل ، لانه اذا صدقة لم يحتج الى كيل البعض (واما
 ان يكيّله كله) اذا لم يصدّقه فى كيله ، وهذا شبه ارشاد ، والا فانه اذا
 صدقه جاز ان يأخذ بعضه كيلاً وبعضه باخباره .

ولذا قال المصنف (فان المنع من التبعض المستفاد منه) اى من
 الحديث (ارشادى محمول على انه ان صدقة فلاحاجة الى كلفة كيل
 البعض ، و الا) يصدقه (فلا يجزى كيل البعض)

.....
 و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء .
 وكيف كان ففى مجموع ما ذكر من الاخبار ، و ما لم يذكر مافيه ايماء
 الى المطلب ، من حيث ظهوره فى كون الحكم مفروغا عنه عند السائل و
 تقرير الامام كفاى رواية كيل ما لا يستطاع عده ، و غيرها ، مع ما ذكر من
 الشهرة المحققة ، و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسئلة .

(و يحتمل الرواية) احتمالا خارجا عما نحن فيه ب (الحمل على
 استيفاء المبيع بعد الاشتراء) بانه اذا اشترى مثلاً كراكليا فاراد الاستيفاء
 كان الاستيفاء بالكيل ، فتكون الرواية خارجة عن محل كلامنا .
 (و كيف كان) سواء قلنا بعدم دلالة بعض هذه الاخبار او دلالتها
 (ففى مجموع ما ذكر من الاخبار ، و ما لم يذكر مافيه ايماء الى المطلب)
 اى وجوب الكيل او الوزن ، ايماء (من حيث ظهوره) اى ظهور ما فيه
 الايماء (فى كون الحكم) بلزوم الكيل و الوزن (مفروغا عنه عند السائل و
 تقرير الامام) اى لم يردعه الامام بان يقول : لا حاجة الى الكيل و الوزن
 (كفاى رواية كيل ما لا يستطاع عده) فعن ابي عبد الله عليه السلام : انه
 سأل عن الجوز لا نستطيع ان نعهده ، فيقال بمكيال ، ثم يعدم مافيه ، ثم
 يكال ما بقى على حساب ذلك العدد ، قال : لا بأس به (و غيرها) مما
 ذكر فى الوسائل و المستدرک فى كتاب التجارة (مع ما ذكر من الشهرة
 المحققة) بين الفقهاء (و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسئلة) و لو
 نوقش فى مثل هذه المسألة ، لكانت أغلب المسائل قابلة
 للمناقشة .

ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر
الشخصى وان كانت حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع فى
الغرر، كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

(ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر
الشخصى) حتى اذا لم يكن فى معاملة غرر جاز البيع بدون الكيل و
الوزن .

كما ان حكم العدة ليس منوطا باختلاط المياه .
وحكم غسل الجمعة ليس منوطا بوساخة بدن المغتسل ، وهكذا .
نعم هناك بعض الاحكام تدور مدار الشخصيات كالضرر ، والعسر
والحرج ، فانه لو كان استعمال الماء ضررا للجميع من فى المدينة
الالهذا الشخص لم يجز لهذا التيمم ، وان جاز لسائر من فى المدينة
(وان كانت حكمته) اى حكمة ايجاب الكيل والوزن (سد باب المسامحة
المفضية) تلك المسامحة - الحاصلة بعدم الكيل والوزن - (الى
الوقوع فى الغرر)

و معنى الحكمة ان الشارع لاحظ انه لو اباح البيع بدون كيل او
وزن ، لوقع كثير من الناس فى الغرر ، وبهذه الملاحظة شرع الحكم
للعوم .

وانما لم يخصص الحكم بمن يقع فى الغرر ، لانه ان خصص الحكم
بهم لوقع من يزعم عدم الغرر ، فى الغرر لان بعض الناس يزعم انه لا غرر
فيقدم على المعاملة ، فيقع فى الغرر (كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

.....
 الشروط فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك
 الشرط .

فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل ، و الوزن ، و ان لم يكن فى شخص
 المقام غرر كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله فى الميزان من جنسه
 او غيره المتساوى له فى القيمة فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل
 بمقدار كل من العوضين

(الشروط) كالعلم بجنس المبيع (فى بعض المعاملات) كالبيع - دون
 الصلح - (رفع المنازعة المتوقعة) تلك المنازعة (عند اهمال ذلك الشرط)
 و حينئذ يشترط ذلك الشرط ، و ان علمنا بعدم المنازعة .
 و انما يشترط ، لان المنازعة اخذت حكمة لاعلة .
 و اما معرفة ان الحكم تابع للعلة او الحكمة ، فمنوطه بلسان الدليل
 كما لا يخفى .

(فحينئذ) اى حين كان اعتبار الكيل و الوزن حكمة لاعلة (فيعتبر
 التقدير بالكيل و الوزن ، و ان لم يكن فى شخص المقام غرر ، كما لو
 باع) البائع (مقداراً من الطعام) كالحنطة (بما يقابله فى الميزان من
 جنسه) كما لو اراد هذا الحنطة البغدادية و ذاك الحنطة الشمالية ،
 فبدل احد هما حنطته بالآخر ، بان ملاء كفتى الميزان حنطة متقابلة
 (او غيره) كما لو باع الحنطة بالسكر (المتساوى له فى القيمة) فيما كانت
 القيمتان متساويتين (فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع وجود) الجهل
 بمقدار كل من العوضين (لانهما لا يعرفان ان المقدار كيلو ، او كيلوان

لانه مساو للآخر فى المقدار .

و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب
و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير ، فلو
فرض اندفاع الغرر بغير التقدير ، كفى ، كفاى الغرض المزبور .

و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن
الواقع .

و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله ، كما لو
دفع

(ل) انهما يعلمان بـ (انه مساو للآخر فى المقدار) و مع ذلك لا يجوز .

(و) لكن (يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار) اى
اطلاقات كلمات الفقهاء ، و الاخبار الدالة على اشتراط الكيل و الوزن
(على المورد الغالب ، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين
موقوفا على التقدير) اى الكيل و الوزن (فلو فرض اندفاع الغرر بغير
التقدير ، كفى ، كفاى الفرض المزبور) و هو مقابلة الجنسين فى كفتى
الميزان ، او الجنس الواحد مثلا ، و كما اذا كان قيمة السكر نصف قيمة
الحنطة ، فاخذ مقدار من الحنطة و اعطى ضعفه سكرامثلا .

(و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن
الواقع) فانه لا يحتاج الى الكيل و الوزن لانصراف الاطلاقات عن مثل
ذلك .

(و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله ، كما لو دفع

.....
 فلسا و اراد به دهنال حاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز لماتراضيا
 عليه من التخمين .

و لا منافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون ، و عدم دخول
 الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة ، اولكثرته كزبرة
 الحديد ، كما نبه عليه فى القواعد ، و شرحها و حاشيتها .
 و مما ذكرنا يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فانها و
 ان كانت من الموزون .

فلسا و اراد به دهنال حاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز بماتراضيا
 عليه من التخمين) .

(و) ان قلت : كيف يمكن ان يكون الشئ مكيلا و موزنا ؟ و لا يكون
 الميزان و المكيال موضوعين لمثل ذلك الشئ و هل هذا الاتهام ؟
 قلت : (لا منافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون و عدم
 دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة) فان
 معنى كونه مكيلا كون جنسه كذلك و معنى عدم وضع الكيل له عدم وضع
 الكيل لهذا الشخص — كما عرفت فى المثال — (او لكثرة كزبرة الحديد
 كما نبه عليه فى القواعد ، و شرحها و حاشيتها) و ان كان جنس الحديد
 مما يكال .

(و مما ذكرنا) من انصراف الاطلاقات عن بعض الموارد الموجب ذلك
 الانصراف لعدم وجوب الوزن (يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس
 المسكوكة فانها و ان كان من الموزون) لكونه نحاسا و نحوه .

.....
 ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها ، الا انها عند وقوعها ثمننا
 حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ما ليتهلا يتوقف على وزنها فهي
 كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن .
 وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة
 كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان ، وكذا الدرهم والدينار الخالصان
 فانهما وان كانا من الموزون ويدخل فيهما الربا اجماعا .
 الا ان ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من

(ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها) لان المكيل والموزون
 يدخله الربا (الا انها عند وقوعها ثمننا) لا بد لافي باب الربا ، كما لو اعطى
 فلسا في مقابل فلسين ، فانه في باب الربا يعتبر التساوي في الوزن
 (حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ما ليتهلا يتوقف على وزنها) بل يجوز
 جعله ثمننا بدون ان يعرف كم له من الوزن (فهي كالقليل والكثير من
 الموزون الذي لا يدخله الوزن) فلا يحتاج التعامل بها الى الوزن .
 (وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة) او
 المركبة من غيرهما من سائر الفلزات ، او ما شبه الفلز (كأكثر نقود بغداد
 في هذا الزمان) بل وفي زماننا ايضا (وكذا الدرهم) الفضي (والدينار)
 الذهبي (الخالصان فانهما وان كانا من الموزون ويدخل فيهما الربا
 اجماعا) حيث ان المكيل والموزون يدخل فيهما الربا والذهب والفضة
 من الموزونات .

(الا ان ذلك) اي كونهما موزونا (لا ينافي جواز جعلهما عوضا من

.....

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك اصلا .

و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة
اغلبهم بوزنها .

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك اصلا)

والظاهر ان اعتبار الكيل والوزن من جهة لزوم الغرر فى صورة
عدمهما ، فاذا انتفى الغرر لم يشمله دليل لزوم الكيل والوزن .
(و يؤيد ذلك) الذى ذكرنا من عدم لزوم معرفة الوزن فى المسكوكات
وان كانت من الموزونات (جريان سيرة الناس) المتشعبة على المعاملة
بهما) اى بالدرهم والدينار (من دون معرفة اغلبهم بوزنها) والسيرة
متصلة الى زمان المعصوم .

فان النقود فى زمنهم عليهم السلام لم تكن معلومة الوزن لاغلب
الناس ، ومع ذلك لم يرد دليل يدل على لزوم الوزن ، بل كافوا
يتعاملون بها بدون ردع من الائمة عليهم السلام ولا ارشاد منهم عليهم
السلام بل تقريرهم كما فى قصة الامام الباقر حيث امر بضرب السكة .
و من المعلوم : انه لو كان لا يجوز التعامل الا بمعرفة الوزن لكان
اللازم البيان ، فعدم الدليل دليل عدم .

(نعم يعتبرون) الناس (فيهما) اى فى الدرهم والدينار (عدم
نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما) اى الوضع الذى قرره ضارب
السكة لهما عند وضع السكة .

من حيث تفاوت قيمتها بذلك ، فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب .
 ومن هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه عشا وخيانة ، وبهذا
 يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود ، وشبهها حيث ان نقصان
 الوزن لا يؤثر في قيمتها ، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه .
 والى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمان ، قال

وانما يعتبرون عدم النقص (من حيث تفاوت قيمتها) اى المسكوكات
 (بذلك) النقص (فالنقص فيهما عندهم) اى عند الناس (بمنزلة العيب)
 فاذا كان وزن الدينار المتعارف مثقلا ، ثم كان انقص من ذلك كان
 معيبا .

نعم لا يبعد عدم اعتبار نقص قليل جدا ما يسببه التداول ، اذ
 التداول الكثير يوجب حك بعض الذهب .

(ومن هنا) الذى ان النقص عيب (لا يجوز اعطاء الناقص منهما) اى
 من الدرهم والدينار (لكونه عشا وخيانة ، وبهذا) اى بعدم اعتبار
 النقص فى الدرهم والدينار (يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود
 وشبهها) من المسكوكات التى ليست ذهبا وفضة (حيث ان نقصان
 الوزن لا يؤثر في قيمتها) اى الفلوس (فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه)
 نقصا يتسامح بمثله وذلك لان مالية الدرهم والدينار بالوزن ، بخلاف
 الفلوس ونحوها فماليتهما بالسكة ، وهذا انما هو فى القديم ، اما فى
 الحال الحاضر فالغالب ان المالية للنقود الفضية ايضا بالسكة .

(والى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمان ، قال

قلت: لابی عبدالله عليه السلام، اشترى الشئ بالدرهم، فاعطى الناقص الحبة والحبطين، قال عليه السلام: لاحتى تبينه، ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم الاوضاحية التى تكون عندنا عدا .
و بالجملة فاناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله، مدار الغرر الشخصى قريب فى الغاية الى ان الظاهر كونه مخالفا لكلمات الاصحاب فى موارد كثيرة .

قلت: لابی عبدالله عليه السلام، اشترى الشئ بالدرهم، فاعطى الدرهم (الناقص) بمقدار (الحبة والحبطين، قال عليه السلام: لاحتى تبينه) للآخذ (ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم الاوضاحية التى تكون عندنا عدا) اى ما كان اعتباره بالعد - لقيمة السكة - لا ما كان اعتباره بالوزن لعدم قيمة السكة .

و الدراهم الاوضاحية كانت دراهم مغشوشة، يتعامل الناس بها باعتبار السكة، لا باعتبار الوزن بخلاف الدراهم الفضية فان التعامل بها كان لاجل الوزن و لم يكن للسكة فيها اعتبار .

(و بالجملة فاناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله، مدار الغرر الشخصى)

فكلما وجد الغرر الشخصى لم يجز البيع بلاكيل او وزن .

و كلما لم يوجد الغرر الشخصى جاز البيع بدون الكيل والوزن (قريب فى الغاية الى ان الظاهر كونه) اى يكون المنط ذ لك) مخالفا لكلمات الاصحاب فى موارد كثيرة) بل ظاهراً ان الغرر اخذ على نحو الحكمة لا العلة .

.....
ثم ان الحكم فى المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل
و الموزون بلاخلاف ظاهر .

و يشير اليه بل يدل عليه تقرير الامام عليه السلام فى الرواية الآتية
المتضمنة لتجوز الكيل فى المعدود المتعذر عدّه .

و يظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلى المناقشة فى ذلك بل
الميل الى منعه .

و جواز بيع المعدود مشاهدة و يردّه رواية الجواز الآتية .

(ثم ان الحكم فى المعدود) كالجوز و البيض (و وجوب معرفة
العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلاخلاف ظاهر) فلايجوز بيع البيض
اعتباطا بدون معرفة عدده .

(و يشير اليه) اى الى اعتبار العدد (بل يدل عليه تقرير الامام
عليه السلام فى الرواية الآتية المتضمنة لتجوز الكيل فى المعدود) الكثير
(المتعذر عدّه) فانه لولا اعتبار العدد لم يكن وجه للزوم الكيل فيما اذا
تعذر العدد .

(و يظهر من المحكى عن المحقق الاردبيلى المناقشة فى ذلك)
اى فى لزوم العد فى المعدود (بل الميل الى منعه) اى منع لزوم العد
(و جواز بيع المعدود مشاهدة) و ذلك لعدم الدليل فى المعدود
فيجوز الاخذ باطلاق عدم الاشتراط فيما اذا لم يكن غررا (و يردّه رواية
الجواز الآتية)

.....

و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها باعدادها كالجزر و
البيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب .

وعدا العلامة البطيخ والباذنجان فى المعدودات ، حيث قال فى
شروط السلم من القواعد : ولا يكفى فى السلم وصحة العدفى
المعدودات بل لابد من الوزن فى البطيخ والباذنجان والرمان وانما
اكتفى بعدها فى البيع للمعاينة افتى .

وقد صرح فى التذكرة بعدم الربا فى البطيخ والرمان اذا كان رطباً

(والمراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها باعدادها) جمع
عدد (كالجزر والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب) فان مقدار
المالية فى هذه الثلاثة لاتعرف بالعدد بل بالمشاهدة .

(وعدا العلامة البطيخ والباذنجان فى المعدودات حيث قال فى
شروط السلم من القواعد : ولا يكفى فى السلم وصحة العدفى
المعدودات) فيما اذا باعها سلماً .

و بيع السلم هو ان يعطى المشتري الثمن لياخذ المثلث بعد مدة
من الزمان (بل لابد من الوزن فى البطيخ والباذنجان والرمان)
قال (وانما اكتفى بعدها) و جاز العدد بدون الوزن (فى البيع
للمعاينة) اى لاجل كونها تشاهد ، فاذا فقدت المشاهدة — كما فى
العلم — وجب التعيين بالوزن (انتهى) كلام العلامة .

(وقد عرح فى التذكرة بعدم الربا فى البطيخ والرمان اذا كان
رطباً) اى فاكهة مقابل ما اذا جفّ حبّ الرمان لاجل الامراق ويسمى

.....
 لعدم الوزن ، و ثبوته مع الجفاف ، بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و
 المشمش ايضا غير موزونة و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر احيانا
 بعدم الوزن ، فالظاهر ان تقدير المال عرفاني المذكورات بالوزن لا
 بالعدد كما في الجوز و البيض .

بالفارسية ((اناردان)) (لعدم الوزن) فانه لا يعتبر الوزن عرفانيهما ،
 لتعارف بيعهما - في زمن العلامة ((ره)) - عدا (و ثبوته) اي الوزن (مع
 الجفاف) في حب الرمان و في البطيخ ايضا ، فانه يتعارف في بعض
 البلاد تجفيف البطيخ ايضا (بل يظهر منه) اي من العلامة (كـ
 القثاء) بالفارسية ((خيار)) (و الخوخ و المشمش ايضا غير موزونة ، وكل
 ذلك) اي عدم اعتبار الوزن في الامثلة التي ذكرها العلامة (محل تأمل
 لحصول الغرر احيانا بعدم الوزن ، فالظاهر) عند الشيخ ((ره)) (ان
 تقدير المال عرفاني المذكورات) في كلام العلامة (بالوزن لا بالعدد كما)
 ان التقدير بالعد (في الجوز و البيض) لكن الظاهر ، الاعتبار بالبلد
 الذي يباع فيه كما ذكره في باب الربا .

و الغرر الجزئي مثل الغرر في الجوز و البيض غير مانع و لو شك
 في لزوم الوزن فالاصل عدم لاطلاق : احل الله البيع .

قربها جدا

—————

سيصدر الجزء التاسع من الكتاب والقسم

السادس من البيع انشاء الله تعالى .

الناشر

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٢
الصورة الاولى من جواز بيع الوقف	٣
الصورة الثانية من جواز بيع الوقف	٣٢
الصورة الثالثة من جواز بيع الوقف	٤٧
الصورة الرابعة من جواز بيع الوقف	٥٠
الصورة الخامسة من جواز بيع الوقف	٦٢
الصورة السادسة من جواز بيع الوقف	٦٤
الصورة السابعة من جواز بيع الوقف	٧٥
الصورة الثامنة من جواز بيع الوقف	٧٦
الصورة التاسعة والعاشرة من جواز بيع الوقف	٧٧
فى عدم جواز بيع ام الولد	١٣٠
فى معنى ام الولد	١٣٩
فى الموارد القابلة لاستثناء بيع ام الولد	١٥٥
فى الموارد المستثناة من عدم جواز بيع ام الولد	١٧٩

الصفحة

الموضوع

٢٥٢		فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقا
٢٩٣		فى ما اذا جنى العبد عمد ايجوز بيعه
٣٠٤		فى ما اذا جنى العبد خطأ ايجوز بيعه
٣١٣		فى ان القدرة على التسليم شرط فى العوضين
٣٥٣		فى ثمة التردد بين شرطية الشئ ومانعية مقابله
٣٨١		فى جواز بيع العبد الآبق منفردا
٣٩٨		فى جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة
٤١٠		فى اشتراط العلم بمقدار الثمن
٤١٩		فى اشتراط العلم بمقدار الثمن
٤٣٩		محتويات الكتاب